



**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La individualización de autoría y participación criminal, como elemento indispensable para la aplicación de penas, en el concurso de personas en un delito**

**José Martín Salinas Avalos**

**Ernesto Albán, Dr., Director de Tesis**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de

Abogado

Quito, noviembre de 2015

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

"La individualización de autoría y participación criminal, como elemento indispensable para la aplicación de penas, en el concurso de personas en un delito"

José Martín Salinas Avalos

Dr. Ernesto Albán  
Directora del ensayo jurídico

Dra. Gladis Proaño  
Informante del ensayo jurídico

Dr. Xavier Andrade Castillo  
Presidente del tribunal

Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, diciembre del 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

INFORME DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: **La individualización de autoría y participación criminal, como elemento indispensable para la aplicación de penas, en el concurso de personas en un delito**

ALUMNO **JOSE MARTIN SALINAS AVALOS**

E VALUACIÓN:

**a) Importancia del problema presentado.**

Sin duda esta tesis plantea un problema jurídico serio con importantes repercusiones jurídicas, ya que la tesis sostiene que en el COIP se incorporaron normas oscuras y equívocas referentes a la teoría de la participación criminal, y que esta deficiente conceptualización y estructuración normativa derivará indefectiblemente en una errónea aplicación de los preceptos jurídicos vinculados al proceso de imputación de los concurrentes en el hecho delictivo.

Existen, a los ojos del estudiante, reformas legales anti técnicas que producirán que las resoluciones judiciales sean jurídicamente inconsistentes. En este escenario el trabajo realizado por el estudiante es una herramienta de estudio importante para identificar estas inconsistencias.

**b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.**

La hipótesis planteada por el estudiante en el sentido de que se requiere de manera urgente una reforma jurídica que corrija la anti técnica normativa vigente en el Ecuador, esta debidamente fundamentada y sin duda reviste real importancia. El estudiante incorpora un proyecto de reforma a los artículos 41, 42 y 43 del COIP en la cual plantea una estructura normativa para sancionar todas las formas de autoría y complicidad.

**c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.**

La investigación realizada en base a los documentos y a la normativa nacional y comparada están acordes con los temas, las conclusiones y las recomendaciones planteadas.

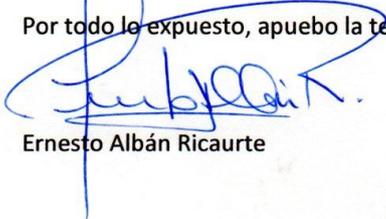
**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).**

Considero que el alumno llega a conclusiones serias sobre la base de argumentos jurídicos sólidos.

**e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.**

El alumno ha dado cumplimiento muy satisfactorio a las tareas de investigación encomendadas y ha llegado a sus propias conclusiones como consecuencia de dicho proceso investigativo

Por todo lo expuesto, apuebo la tesina presentada por el estudiante Jose Martín Salinas Avalos.



Ernesto Albán Ricaurte

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: \_\_\_\_\_

Nombres y apellidos: José Martín Salinas Avalos

Cédula de Identidad: 1713279402

Lugar y fecha: Quito, noviembre de 2015

## **AGRADECIMIENTOS**

Para mis padres, José y Cecilia y mi hermana Daniela, por su constante e incansable apoyo.

Este éxito es suyo.

## RESUMEN

La entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal ha traído consigo una serie de cambios e inclusión de conceptos y figuras penales con respecto a codificaciones anteriores en nuestro país, entre ellos relacionado con el concurso de personas en el delito. Siendo la teoría de la participación criminal uno de los ejes fundamentales del derecho punitivo, es fundamental que la normativa sea clara y permita una distinción entre autores y partícipes en su aplicación práctica, así como un adecuado proceso de imputación a los involucrados.

Existe a mi criterio, en virtud del análisis realizado, tanto a nivel doctrinario, como normativo y jurisprudencial, una evidente carencia de soporte doctrinario en la redacción de los tipos penales referentes a la materia, lo cual además de afectar el proceso de imputación y la consecuente aplicación de penas, vulnera la certeza y previsibilidad de la norma penal, contrariándose así el derecho a la seguridad jurídica.

Mi propuesta está enfocada en evidenciar como este fenómeno afecta a los principios del derecho mencionados, así como también proponer una reforma legislativa, que permita subsanar estas inconsistencias normativas y propicie una aplicación cada vez más cercana a la realidad fáctica de los hechos y conductas del delito.

## ABSTRACT

The entry into force of the Integral Criminal Code has brought a number of changes and inclusion of concepts and criminal figures from previous encodings in our country, including those related to the gathering of people in the crime. As the theory of criminal participation one of the cornerstones of punitive law, it's essential that the rules are clear and allow a distinction between perpetrators and participants in its practical application and adequate allocation process to those involved.

There is in my opinion, under analysis, both doctrinal level and regulatory and case law, an obvious lack of doctrinal support drafting of criminal offenses relating to the matter, which besides affecting the process of allocation and consistent application of sanctions, violates the certainty and predictability of the criminal law, as well contradicting the right of legal certainty.

My proposal focuses on evidencing how this phenomenon affects the mentioned law guiding principles, as well as proposing a legislative reform that allows to address these normative inconsistencies and to foster an increasingly besieged application of the regulation to the factual reality of the crime.

## TABLA DE CONTENIDO

### Contenido

<b>INTRODUCCION</b> .....	12
<b>CAPITULO 1</b> .....	15
<b>ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PARTICIPACION CRIMINAL</b> .....	15
<b>1.1 Evolución de tipos normativos</b> .....	15
<b>1.1.1 Autoría</b> .....	18
<b>1.1.2 Complicidad</b> .....	21
<b>1.1.3 Instigación</b> .....	25
<b>1.1.4 Encubrimiento</b> .....	26
<b>1.2 Análisis de fallos jurisprudenciales nacionales</b> .....	29
<b>1.3 Análisis de jurisprudencia comparada</b> .....	32
<b>CAPITULO 2</b> .....	35
<b>AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL</b> .....	35
<b>2.1 Alcance e importancia</b> .....	35
<b>2.2 Autoría</b> .....	37
<b>2.2.1 Autoría inmediata</b> .....	38
<b>2.2.2 Autoría mediata</b> .....	41
<b>2.2.3 Coautoría</b> .....	45
<b>2.3 Complicidad</b> .....	46
<b>2.3.1 Concepto</b> .....	46
<b>2.3.2 Cooperador no necesario</b> .....	49
<b>2.4 Instigación</b> .....	51
<b>2.4.1 Concepto</b> .....	51
<b>2.4.2 Presupuestos del tipo</b> .....	52
<b>2.5 Encubrimiento</b> .....	54
<b>CAPÍTULO 3</b> .....	59
<b>LA INDIVIDUALIZACION DE CADA AGENTE DEL DELITO COMO PROBLEMA EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA</b> .....	59
<b>3.1 Tipos de concurrencia</b> .....	60
<b>3.1.1 Concurrencia necesaria</b> .....	60
<b>3.1.2 Concurrencia eventual</b> .....	61
<b>3.2 Teorías de delimitación de autoría</b> .....	61
<b>3.2.1 Teoría objetivo- material</b> .....	63

3.2.2	Teoría objetivo- formal.....	65
3.2.3	Teoría subjetiva.....	68
3.2.4	Teoría del dominio del hecho .....	69
3.3	Principios aplicables.....	86
<b>CAPÍTULO 4.....</b>		<b>92</b>
<b>ANÁLISIS DE LEGISLACION PENAL NACIONAL Y LEGISLACION COMPARADA</b> .....		<b>92</b>
4.1	Análisis de legislación penal nacional (Código Orgánico Integral Penal).....	93
4.2	Análisis de legislación penal comparada .....	100
4.2.1	Legislación argentina .....	101
4.2.2	Legislación española.....	103
4.2.3	Legislación alemana .....	105
4.2.4	Legislación colombiana.....	107
4.3	Comparación.....	109
<b>CAPITULO 5.....</b>		<b>114</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>114</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS .....</b>		<b>123</b>

## INTRODUCCION

La participación criminal es uno de los ejes fundamentales en el derecho penal, lo cual responde a una realidad social en la que el cometimiento de un hecho delictivo no corresponde siempre a una actuación individual, sino que en muchos casos involucra la contribución de varios individuos. Enfocados en la concurrencia eventual, es decir en aquellos delitos especiales cuya descripción normativa se refiere a la realización del tipo por parte de un solo individuo, pero que excepcionalmente involucra a más individuos mediante una ejecución plural de conductas, la importancia de la delimitación y diferenciación entre autores y partícipes en distintos grados de un delito es fundamental. Esto deriva de que solamente así es posible realizar un proceso de imputación y atribución de responsabilidades acorde a la colaboración efectivamente prestada en el delito por cada agente involucrado, evitándose de esta forma confusiones al momento de individualizar conductas y prestaciones, lo cual viola de forma manifiesta el derecho constitucional a la seguridad jurídica y sus derivadas garantías básicas, como son la previsibilidad de la norma y la proporcionalidad entre la conducta delictiva y la sanción impuesta.

El Ecuador aprobó recientemente una nueva codificación en materia penal, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en la cual el legislador ecuatoriano ha intentado adecuar al ordenamiento penal ecuatoriano a las tendencias jurídicas modernas y necesidades político-criminales actuales, introduciendo para esto una serie de conceptos y figuras penales novedosas en comparación con anteriores legislaciones. En materia de participación criminal, el COIP ha modificado sustancialmente el tratamiento dado a esta teoría en codificaciones anteriores, para lo cual no solo ha

introducido nuevos conceptos y figuras jurídicas, sino que también ha desvinculado de esta teoría a otros conceptos anteriormente considerados parte de la misma. Si bien es cierto, varios de estos cambios introducidos por el legislador demuestran una intención de abarcar tendencias dogmáticas ampliamente discutidas y tratadas por la doctrina penal sobre el concurso de personas en el delito, el entramado típico relacionado con la materia evidencia una escasa incidencia de la doctrina en su redacción, lo cual se refleja en la falta de delimitación de los conceptos de autoría y cada una de las formas de participación criminal, así como una incomprensible confusión conceptual, al contemplar bajo un mismo concepto, conductas eminentemente distintas e incompatibles entre sí. La pregunta que debemos hacernos y que a su vez se convierte en la problemática central de este trabajo, es si ¿genera la poca delimitación y carencia de soporte doctrinario de los conceptos de autoría, complicidad e instigación contemplados en el COIP, una aplicación subjetiva y en casos errónea de la normativa penal y la consecuente aplicación de penas para los partícipes en el delito?

Mi planteamiento e hipótesis frente a esta conflictiva es que, este desapego de la normativa del COIP, en cuanto a la autoría y participación criminal con la doctrina especializada en la materia, generará indefectiblemente una aplicación subjetiva y en casos errónea de la norma jurídica, tanto al distinguir e individualizar a cada agente involucrado en el hecho criminal, como en la aplicación de la pena. Por lo tanto, al existir una atribución de responsabilidades evidentemente viciada, existe una vulneración y menoscabo al derecho constitucional a la seguridad jurídica, y a las garantías básicas de previsibilidad y proporcionalidad de la norma, al otorgarse una excesiva facultad interpretativa a la autoridad judicial, para individualizar y a su vez encasillar una conducta dentro de una determinada figura de participación criminal, sin una norma que delimite y trace los parámetros necesarios para hacerlo.

Considero indispensable, con el objetivo resolver esta problemática, efectuar un análisis profundo y detallado sobre la teoría de la participación criminal, tanto a nivel normativo, como doctrinario y jurisprudencial, para de esta forma dilucidar y demostrar la forma en que esta falta de incidencia de la doctrina en la redacción de la normativa del COIP, afecta directamente al proceso de imputación de autores y partícipes, al atribuirse responsabilidades y sanciones que poco concuerdan con el aporte realizado para la comisión del ilícito, menoscabándose así las garantías y derechos constitucionales anteriormente mencionados.

El trabajo de investigación se desarrollará en 4 secciones, las cuales contemplarán un estudio de la evolución histórica de la teoría de participación criminal en la normativa ecuatoriana, un análisis dogmático acerca de los postulados de la doctrina sobre la autoría y cada una de las formas de participación criminal, así como de las distintas teorías de imputación de autoría y de principios aplicables a la materia, para finalmente examinar los tipos penales contemplados en el COIP y efectuar un contraste en relación al derecho comparado, en específico con las legislaciones alemana, española, argentina y colombiana.

## **CAPITULO 1**

### **ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PARTICIPACION CRIMINAL**

Este primer capítulo cumple la finalidad de introducirnos al concurso de personas en el delito, a través de una observación de la evolución histórica sufrida por cada una de las formas de participación criminal en la legislación ecuatoriana, con el objetivo de comprender el alcance e implicaciones de la reforma introducida por el COIP en la materia. Este análisis cumple un rol fundamental en el trabajo de investigación, al evaluar el tema no solo desde un punto de vista normativo, sino también a través de la aplicación práctica de la misma, es decir en el estudio de jurisprudencia nacional y extranjera relevante, lo cual nos permitirá comprender la forma en que una aplicación de esta normativa poco especializada y menos aún concordante con la doctrina, incide en el proceso de imputación de los procesados.

#### **1.1 Evolución de tipos normativos**

Dentro de la dogmática penal, la participación criminal juega un rol fundamental en la atribución de responsabilidades sobre hecho delictivos. Esto responde a una realidad social, en la cual los delitos no son cometidos únicamente por una persona o agente, sino que en muchos casos involucra a varias personas en su comisión. Francesco Carrara se refiere a este fenómeno y explica que

en un delito pueden tomar parte varias personas. La justicia exige que se llame a todas a dar cuenta de la parte que tomaron en la infracción de la ley; pero exige asimismo

que cada una responda de su papel, en proporción al influjo que haya ejercido en la acción.<sup>1</sup>

Para analizar este fenómeno delictivo en sí mismo, podemos poner como ejemplo al delito de homicidio. Queda claro que la penalización que debe recibir la persona que dispara el arma y da muerte a otro individuo no puede ser la misma para aquella persona que facilita al ejecutor el cometimiento del delito, por ejemplo entregándole el arma con la que comete el crimen, aun cuando ambos individuos participaron conjuntamente dentro del mismo hecho delictivo. Es por esta razón que la distinción e individualización de las conductas tiene tanta importancia en la política criminal y en el derecho penal.

Es en función de esta necesidad de sancionar de distinta forma a cada partícipe del delito, conforme a su nivel de incidencia y control sobre el resultado final, que el legislador ecuatoriano a lo largo de la historia, ha ido adaptando la normativa penal, para así individualizar y catalogar a cada una de estas conductas pertenecientes a un mismo hecho delictivo y así crear un sistema punitivo, en el que cada agente responda de acuerdo a su responsabilidad real en el hecho.

La dogmática penal, en su mayoría, distingue para este propósito en primera instancia a la autoría y posteriormente a otros tres tipos de partícipes, los que sin embargo varían dependiendo de las distintas legislaciones y teorías de atribución de responsabilidad, en función de la época en las que estas han surgido y se han desarrollado “con la salvedad anticipada de no haber uniformidad doctrinaria en el estudio de las formas de participación”<sup>2</sup>. Estos tipos de participación, que serán los que en adelante nos conciernen para el estudio de este fenómeno jurídico son: la complicidad, la instigación y el

---

<sup>1</sup> Francesco Carrara. *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Volumen I. Bogotá: Editorial Temis, 1956, p.287.

<sup>2</sup> Alfonso Zambrano Pasquel. *Manual de Derecho Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 201.

encubrimiento. Es necesario mencionar que en la codificación penal recientemente entrada en vigencia en el Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, una de las principales novedades es la separación del encubrimiento como forma de participación criminal, convirtiéndose este en un delito autónomo, con sus respectivos elementos normativos y pena. Esta figura, en virtud de este cambio de perspectiva en la legislación, la analizaremos también posteriormente.

En el Ecuador, como en las distintas legislaciones alrededor del mundo, el derecho penal ha ido evolucionando y adaptando sus preceptos normativos, en relación a la época y los correspondientes cambios políticos y sociales que van teniendo lugar con el transcurso del tiempo. “En este sentido las interrelaciones originadas durante los procesos históricos, marcan el momento de la creación jurídica estatal, a la vez que lo condicionan; y una vez iniciado se convierte en un elemento relativamente independiente para regular la sociedad”<sup>3</sup>. En el ámbito penal, el legislador ecuatoriano ha redactado las distintas codificaciones penales en relación a esta dependencia político social que se mantiene con el derecho, lo cual ha hecho que los preceptos se hayan ido modificando sustancialmente.

Es por esta razón que en primera instancia debemos estudiar los antecedentes históricos, tanto de la autoría como de cada una de las formas de concurso de personas en el delito, con el objetivo de comprender el trasfondo conceptual jurídico detrás de la nueva normativa del Código Orgánico Integral Penal y poder así esgrimir un criterio analítico y objetivo sobre la cercanía que mantienen estos preceptos penales con las posturas mayoritarias actuales de la doctrina y proponer aquellos cambios o reformas que se consideren pertinentes. Para este efecto, analizaremos la evolución de la autoría y cada una de las formas de participación criminal en las últimas 4 codificaciones penales

---

<sup>3</sup> Yurisander Dieguez. *El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad*. [http://www.derehoycambiosocial.com/revista023/Derecho\\_y\\_cambio\\_social.pdf](http://www.derehoycambiosocial.com/revista023/Derecho_y_cambio_social.pdf) (acceso: 20/01/2015)

ecuatorianas, tomando en cuenta los cuerpos normativos de 1889, 1906, 1938 y 1971, siendo este último el Código Penal que acaba de ser derogado y reemplazado por el COIP.

### **1.1.1 Autoría**

La autoría, que es la principal forma de responsabilidad en la comisión de un hecho punible, es posiblemente el concepto jurídico que menos variaciones conceptuales ha sufrido, aun con la entrada en vigor de nuevos códigos penales en el país. Esto se debe a que la condición de autor de un delito en una persona conlleva inequívocamente a la aplicación de la totalidad de la pena establecida en un tipo normativo, es más, los preceptos penales están enfocados en la sanción de aquella persona que cometa el acto típico, antijurídico y culpable, cumpliendo las otras formas de participación en el mismo delito, una función complementaria y de soporte para casos en los que este fenómeno se presente. “La punibilidad de las etapas imperfectas de realización del delito, como también de las formas ampliadas de participación en el, supone que exista siempre un autor que haya al menos dado principio a la ejecución de un hecho típico”<sup>4</sup>. Bajo estos parámetros y en función del principio de accesoriedad, es claro que sin la concurrencia de un autor en el hecho delictivo es imposible sancionar a quienes hubieren participado de forma secundaria en el mismo. El problema surge debido a que la autoría presenta distintos matices, al existir distintas formas de tener control del curso causal y ser atribuido como aquel a quien el delito le pertenece. “Autor en sentido estricto es quien cuenta con el dominio del acto”<sup>5</sup> y consecuentemente del resultado que se va a producir. En respuesta a esto, se han desarrollado varias teorías para la determinación del autor del hecho punible, las cuales analizaremos en un estudio estrictamente dogmático más adelante.

---

<sup>4</sup> Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal*. Tomo II. 3era. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 74.

<sup>5</sup> Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. 2da. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 233.

El legislador ecuatoriano ha ido adoptando y plasmando en nuestra legislación aquellas modificaciones conceptuales de la doctrina penal conforme estas han ido surgiendo, lo cual se refleja en los Códigos Penales que han regido en el país.

Una de las primeras referencias que hace el legislador sobre la autoría y las distintas formas de adquisición de esa calidad, se hace en el Código Penal de 1889. Al analizar este articulado, encontramos que el legislador prevé únicamente 3 formas bajo las cuales se puede incurrir en autoría de un delito, donde en primer lugar se considera como autor al individuo que ejecuta el hecho punible, al cual podemos denominar como un autor ejecutor o material del hecho. De la misma forma sanciona a aquellos que efectúan el delito por medio de otra persona, sin embargo esta redacción de la norma no hace una diferenciación sobre quienes que cometen el delito por medio de personas inimputables o imputables, así como tampoco permite determinar cuando la conducta se trata efectivamente de una sugerencia o instigación para inducir a otro en una determinada conducta y no un cometimiento en el cual el hombre de atrás ordena, impone o traza las directrices para que la otra persona cometa el hecho delictivo, todos estos elementos esenciales en la aplicación práctica actual de los tipos en la normativa penal. Finalmente se encuentra el concepto de coadyuva en la ejecución del delito, siendo considerados como coautores, “los que coadyuvan de un modo principal y directo a la ejecución del hecho punible, practicando maliciosamente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse”<sup>6</sup> Un elemento distintivo de esta conducta se explica con la necesidad de una ejecución común consciente, por parte de los concurrentes.

Posteriormente el Código Penal de 1906, que estaría vigente hasta 1938 en el Ecuador, presenta en su articulado una concepción mucho más amplia en lo que a autoría se refiere.

---

<sup>6</sup> Código Penal 1889. Art. 78. Registro Auténtico 1889 de 04 de enero de 1889.

En este articulado<sup>7</sup>, el legislador ya no considera únicamente a los autores directos o materiales del delito, aquellos que efectúan el mismo por medio de otra persona, y a los que coadyuvan de forma principal y directa, actuando deliberada y maliciosamente en la comisión del mismo, conceptos que de todas maneras siguen en vigencia con este código, sino que también incorpora varias figuras nuevas, que revolucionan de cierta forma en materia penal para la situación jurídica del país en ese momento. Entre estos conceptos novedosos de autoría está la instigación, como el consejo que ha determinado al agente a la perpetración del crimen; de la misma forma se introduce como una conducta de autoría a los que “han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución”<sup>8</sup>, lo cual se observa desde una perspectiva en que esta conducta es una obstrucción de la actividad de la fuerza pública. Esta codificación hace una ampliación del precepto en el cual el individuo se vale de otros para efectuar el hecho punible, incluyendo la dádiva, promesa, orden, los medios coercitivos y el abuso de autoridad. Todas estas nuevas incorporaciones de elementos normativos que hace el legislador al precepto penal de autoría, permiten a los jueces establecer de una forma mucho más clara, en la casuística, cuando se trata frente a un autor de un hecho delictivo y bajo que modalidad del mismo se encuentra, lo que facilita también la determinación de los partícipes involucrados.

El siguiente paso de esta evolución normativa referente a la autoría, corresponde a la codificación penal de 1938, codificación previa a la de 1971. Si bien esta normativa toma de referencia y mantiene los postulados del cuerpo normativo del año 1906 en lo referente a la autoría, introduce de igual forma algunos elementos que tienen una importancia sustancial para la determinación del autor del delito. La primera de estas incorporaciones tiene que ver con aquellos que han perpetrado el delito “efectuándolo valiéndose de otras

---

<sup>7</sup> Código Penal 1906. Art. 12. Registro Oficial Suplemento 61 de 18 de abril de 1906.

<sup>8</sup> Código Penal 1906. Art. 12. *Óp. cit.*

personas, imputables o no imputables”<sup>9</sup> diferenciando por primera vez a cada una de estas posibilidades. La repercusión de esta especificación tiene que ver con lo que en la actualidad se conoce como autoría mediata, indispensable para la punición de aquellos individuos que utilizando de instrumento a un inimputable, pretenden quedar impunes frente al cometimiento de un hecho criminal. Este Código elimina el término de “maliciosidad” en la coadyuva para la ejecución de una infracción, entendiendo que si bien este concepto es utilizado de forma recurrente en la doctrina para calificar la intención del agente en una acción determinada, deja mucho espacio para una interpretación subjetiva del juez en un ámbito esencialmente abstracto. En sustitución de este, se incluyen los términos deliberada en intencionalmente, con lo que se busca delimitar de cierta forma esta discrecionalidad que mencionamos anteriormente.

Finalmente, el último antecedente del concepto de autoría en la normativa, nos lo da el Código Penal de 1971, que es la codificación inmediatamente anterior al COIP, donde el concepto de autoría se mantiene con la misma redacción y elementos normativos que en el código anterior, manteniendo una misma línea en este sentido.

### **1.1.2 Complicidad**

Habiendo analizado la evolución histórica de la autoría en la normativa ecuatoriana, pasamos al estudio de la primera forma de participación en un delito, que es la complicidad, entendida como

una cooperación que se presta al autor de un injusto penal. La cooperación es la ayuda que el autor acepta, en forma tácita o expresa, es decir, que la cooperación siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Código Penal 1938. Art 46. Registro Auténtico 1938 de 22 de marzo de 1938.

<sup>10</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2006, p. 397.

En la codificación de 1889, primer precedente al que haremos referencia, se trata a la complicidad en dos artículos, el primero de los cuales se refiere al precepto de complicidad en sí mismo, y el segundo a la punibilidad de esta forma de participación criminal.

Dentro de los elementos de la norma que cubre a la complicidad, destaca que son cómplices los que “indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del hecho”<sup>11</sup>, así como también la condición de que estos actos sean anteriores o simultáneos al hecho delictivo. Estos elementos normativos dan las características y pautas esenciales de la complicidad, para permitir una diferenciación de esta sobre la autoría. Se menciona en estos preceptos un aspecto fundamental en la participación criminal, el cual tiene que ver con el establecimiento y aplicación de penas a cada agente involucrado en el ilícito, tomando como referencia la sanción que se impone al autor del delito, en respuesta a la accesoriidad y extensión de la punibilidad que existe entre los partícipes y el autor, al haber tomado parte los primeros, del hecho punible del segundo. En este caso, la pena que se propone para los cómplices es de una pena “inferior inmediata a la que habrían merecido siendo autores de ese crimen”<sup>12</sup>, la misma que no puede superar las dos terceras partes de la que se habría aplicado a los autores. Los principios universales del derecho, como la previsibilidad de la sanción y seguridad jurídica para los imputados, mandan que en el derecho penal la normativa debe establecerse de forma clara y previa, reduciéndose al máximo el carácter subjetivo de la norma y limitándose la discrecionalidad del juez en su aplicación, lo cual en este caso no sucede al no especificarse la sanción para el cómplice, sino únicamente el límite que no puede superar.

Por otro lado en este cuerpo normativo está considerada como una conducta castigada bajo el régimen de la complicidad, el suministrar “habitualmente alojamiento, escondite o

---

<sup>11</sup> Código Penal 1889. Art. 79. Registro Auténtico 1889 de 04 de enero de 1889.

<sup>12</sup> Código Penal 1889. Art. 81. Registro Auténtico 1889 de 04 de enero de 1889.

lugar de reunión”<sup>13</sup> a quienes se conoce que han cometido un delito previamente, lo cual incurre en una confusión de conceptos jurídicos, ya que al ser estos actos de favorecimiento posteriores al delito, se refieren al encubrimiento del mismo y no a la complicidad, que trata sobre actos anteriores y simultáneos al hecho punible, por lo que analizaremos al Art.80 de la normativa posteriormente, en la sección que concierne al encubrimiento.

Posterior a esta, la codificación de 1906 se refiere de forma mucho más breve a la complicidad, reduciendo el precepto a dos tipos normativos, establecidos en los artículos 13 y 16 del Código Penal. En estos artículos se expresa todavía la cooperación indirecta y secundaria, condicionada por la anterioridad o simultaneidad de los actos del cómplice. Un punto a resaltar es que, en cuanto a la punibilidad de esta forma de concurso de personas en el delito, la fijación de la pena se estipula en “la mitad de la pena que se les hubiera impuesto, en caso de ser autores de la infracción cometida”<sup>14</sup>. Con esto, la valoración de la pena deja de estar sujeta a un criterio subjetivo de la autoridad judicial y se limita a una aplicación taxativa de la norma.

Uno de los cambios de mayor trascendencia en cuanto a la complicidad, es la separación que hace el legislador de este precepto normativo con el tipo penal del encubrimiento, que como oportunamente mencionamos, se refieren a conductas eminentemente distintas, al ser cometidas en distintos momentos en relación a la ejecución del delito, aunque sin embargo se mantiene erróneamente a la segunda figura bajo el manto de la accesoriidad con el delito principal.

La siguiente etapa en la evolución normativa de la complicidad en la legislación ecuatoriana se da con la entrada en vigencia del Código Penal de 1938, el cual se refiere a esta forma de participación criminal en dos artículos, donde el nuevo precepto penal de

---

<sup>13</sup> Código Penal 1889. Art. 80. *Óp. cit.*

<sup>14</sup> Código Penal 1906. Art. 16. *Óp. cit.*

complicidad mantiene una misma línea con el del Código Penal de 1906, en cuanto a sus elementos objetivos, como la cooperación en actos simultáneos o anteriores al cometimiento del delito, haciendo el legislador una adición que sin duda refleja una situación recurrente en la casuística. En el cometimiento de hechos delictivos, en cuanto al cómplice, es posible que éste proporcione su ayuda y cooperación, engañado o sin tener pleno conocimiento del delito que en realidad está por perpetrar el autor, que es quien efectivamente tiene el dominio del curso causal y que derivará posteriormente en el resultado que lesionará un bien jurídico protegido. Este error tiene una afectación directa en el ámbito de la culpabilidad del imputado, siendo que al tener una idea errónea o desconocimiento acerca del delito que el autor quiere perpetrar, es lógico que se sancione al cómplice por aquel delito que el mismo pensaba estaba facilitando o colaborando para su ejecución. Es por esta necesidad que en este supuesto únicamente, el legislador sanciona al cómplice por el acto que pretendió favorecer y no por el que finalmente ejecutó el autor. Este código en referencia mantiene la sanción establecida para los cómplices en la codificación anterior, en la que se los reprime con la mitad de la pena impuesta a los autores del delito en cuestión.

El último cuerpo normativo previo a la implementación del COIP, que se refiere a la complicidad dentro de la participación criminal, consta en el Código Penal de 1971, donde el legislador hace una reproducción idéntica de los preceptos normativos establecidos previamente en 1938.

### 1.1.3 Instigación

La segunda forma del concurso de personas en un delito, es la figura que consiste en “inducir públicamente una acción, a un hecho material constitutivo de delito”<sup>15</sup>, conocida en materia penal y en nuestra legislación como instigación. Entendemos de esta manera que la conducta consiste en una forma de aconsejar o influir en una persona, siempre y cuando este consejo sea determinante para que el agente cometa el delito. Es preciso mencionar que esta forma de participación no fue contemplada en la legislación ecuatoriana, sino hasta el año 1906, con la entrada en vigor del Código Penal de ese año. La nota distintiva de este precepto, es que se lo sanciona bajo las reglas de la autoría, por motivos que oportunamente discutiremos.

La doctrina considera instigadores a quienes han aconsejado o determinado a otro para la comisión de un hecho delictivo. La problemática recae en el análisis del nivel de incidencia que este consejo pudo tener sobre el agente que comete materialmente el delito, para de esta forma determinar si efectivamente, aquella persona que incita o promueve en otro la idea de la comisión del delito, merece ser sancionado como si esta misma lo hubiera cometido. El tratadista Fierro explica que “para castigar al inductor no basta con completar esta etapa subjetiva de persuadir al destinatario de la instigación, sino que ese querer decidir al otro tiene que haber surtido efecto”<sup>16</sup>, logrando que el instigado cometa o intente cometer el delito.

El Código Penal de 1906 es el primero en hacer alusión a la instigación, en el que dentro de los preceptos que tratan a la autoría del delito, se incluye a quienes lo cometen

---

<sup>15</sup> Cit. de Nocito hecha por Luigi Majno. *Comentario al Código Italiano*. Vol II. p. 55. Citado en Luis Carlos Pérez. *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*. Vol I. Bogotá: Editorial Temis, 1956, p. 362.

<sup>16</sup> Guillermo Fierro. *Teoría de la Participación Criminal. Alcances. Modalidades, autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 419.

“sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa”<sup>17</sup>. Es importante destacar que la instigación está supeditada a la ejecución del hecho punible instigado, pero que por su incidencia determinante en la voluntad de otro para su comisión se le equipara jurídicamente con la conducta del autor, es decir como que hubiera realizado el mismo el hecho criminal. “La finalidad del instigador es la ejecución del delito, más el instigado podría comenzar la ejecución pero no llegar a consumarlo por circunstancias ajenas a su voluntad; habrá por tanto instigación en la tentativa”<sup>18</sup>.

Tanto los Códigos Penales de 1938 como 1971 mantienen un mismo criterio, en cuanto a la normativa sobre instigación, en la que se sigue equiparando a esta conducta como una forma de autoría, con lo que consecuentemente se la sanciona con la totalidad de la pena.

#### **1.1.4 Encubrimiento**

La última figura jurídica relacionada a la teoría de la participación criminal es el encubrimiento, históricamente considerada como una forma más de participación, pero que posteriormente la doctrina en base a sus características y elementos normativos la ha separado, siendo la tendencia actual de la dogmática que el encubrimiento sea considerado como un delito autónomo en la normativa penal, con su propia pena e independencia del delito que se pretendía encubrir.

Resultará ser el encubrimiento

una intervención residual que se predicará de un sujeto que con el conocimiento previo de la perpetración de un delito, o de los actos que se ejecutan para llevarlo a cabo, sin participar como autor o cómplice, actúa posteriormente a su comisión o frustración adecuando su conducta en alguna hipótesis que previó el legislador.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Código Penal 1906. Art. 12. *Óp. cit.*

<sup>18</sup> José Argibay *et al.* *Derecho Penal. Parte General I.* Buenos Aires: Editorial Ediar, 1972, p. 361.

<sup>19</sup> Alfonso Zambrano Pasquel. *Manual de Derecho Penal.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 220.

La normativa de 1889 sanciona al encubrimiento como una forma más de complicidad, quizás en razón de la escasa producción literaria existente en la época y relacionada con la materia. El tipo penal castiga a quienes conociendo una conducta delictiva cometida con anterioridad, “suministraren habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión”<sup>20</sup>, ya que estas personas, aun cuando no cometen el delito en sí mismo, al facilitar escondite están evitando la acción de la justicia, procurando un infructuoso movimiento del aparataje estatal. Encontramos una contradicción de la norma en este aspecto, debido a que la misma norma establece una cierta pena para quienes cometen actos anteriores o simultáneos al delito, la cual aplica igualmente para quienes proporcionan escondite o alojamiento a los delincuentes, conductas cometidas *ex post*, es decir posteriores al cometimiento del ilícito principal y de la producción del resultado lesivo.

En la codificación de 1906, el legislador cae en cuenta de esta confusión de conceptos, y por primera vez en el Ecuador se redacta una norma específica acerca del encubrimiento. Este artículo del Código Penal señala a los encubridores bajo los mismos preceptos establecidos en el código anterior, agregando a esta conducta algunos elementos normativos como quienes “proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o del delito cometido”<sup>21</sup>; así mismo se sanciona a quienes mediante acciones, en razón de su oficio, oculten o alteren la verdad, siempre y cuando exista el propósito de favorecer al delincuente. En la práctica esta es una conducta que no se presenta de manera frecuente, pero que se da por ejemplo, al momento en que peritos tanto técnicos como médicos, intentan evitar que se conozcan ciertos resultados de su trabajo en pro de una absolución del procesado.

Siendo esta la primera vez que se norma al encubrimiento como una figura de participación criminal independiente a la complicidad, es también la primera vez que a esta

---

<sup>20</sup> Código Penal 1889. Art. 80. *Óp. cit.*

<sup>21</sup> Código Penal 1906. Art. 14. *Óp. cit.*

se le da una sanción específica, aunque esta sigue estando en correlación con la responsabilidad del agente principal del hecho cometido, es decir el autor. En este caso la pena se fija en “la cuarta parte de la pena aplicable a los autores de la infracción”<sup>22</sup>, la cual demuestra al menos una disminución de la pena, considerando que el autor recibe la totalidad de la pena del tipo normativo y el cómplice la tercera parte de la misma. La norme prevé igualmente ciertas exenciones de atribución de responsabilidad, que tienen como motivación la idea de que una persona, por que más conozca de la comisión de un delito perpetrado por un individuo con el que mantiene un vínculo afectivo, no dará a las autoridades noticia de esto, obviamente por este vínculo que los une. Es en respuesta a esta realidad, que se incluyen en el articulado algunas exenciones de responsabilidad penal, cuando el encubrimiento se comete “en beneficio de sus cónyuges; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, legítimos o ilegítimos; o de sus afines hasta dentro del segundo grado”<sup>23</sup>.

En la codificación de 1938<sup>24</sup>, el legislador mantiene el concepto de encubrimiento que sostenía el Código Penal anterior en cuanto a elementos normativos y condiciones para que se constituya efectivamente la conducta. Sin embargo, en cuanto a la punibilidad del mismo, se hace una modificación que tiene una alta incidencia en la aplicación práctica. Esta modificación tiene que ver con el límite de la sanción que se establece para quien incurra en encubrimiento de un hecho delictivo, donde si bien se mantiene que al encubridor se lo reprimirá con la cuarta pena de lo aplicable para el autor, manteniendo así la errónea accesoriadad del delito de encubrimiento con el ilícito principal, se establece también que esta pena no podrá bajo ninguna circunstancia superar los dos años, ni tampoco los condenados podrán estar sujetos a reclusión.

---

<sup>22</sup> Código Penal 1906. Art. 18. *Óp. cit.*

<sup>23</sup> Código Penal 1906. Art. 18. *Óp. cit.*

<sup>24</sup> Código Penal 1938. Art 44. *Óp. cit.*

Finalmente el último cuerpo normativo, que es el de 1971, reproduce en su totalidad los tipos normativos del encubrimiento, considerándolo aún como una forma de participación criminal, precepto que será posteriormente modificado por el COIP. La pena de la misma forma se mantiene.

## **1.2 Análisis de fallos jurisprudenciales nacionales**

Hemos visto en este punto la constante evolución normativa que ha tenido lugar en los distintos cuerpos normativos en el Ecuador y específicamente en cuanto a la autoría y cada una de las formas de participación criminal, así como también hemos resaltado una serie de incongruencias y confusión de conceptos dentro de los tipos normativos que se refieren a la materia. No cabe duda de que únicamente bajo una perspectiva dogmática, es ciertamente complejo comprender el alcance global que tiene este conjunto de normas referentes al concurso de personas en el delito, lo cual ciertamente ha dificultado la tarea de jueces y juezas al aplicar estos conceptos, evidenciándose esto en los varios fallos jurisprudenciales de cortes penales ecuatorianas de distintas instancias. En virtud de esto, tomaremos de ejemplo algunos precedentes de sentencias, las cuales a mi criterio, “periódicamente publicadas en la Gaceta Judicial, y últimamente en el Registro Oficial, o los extractos compilados en algunos repertorios, solo en contadas ocasiones constituyen análisis doctrinarios de valía sobre la legislación penal ecuatoriana”<sup>25</sup>, donde la aplicación de esta normativa oscura y anti técnica ocasiona la atribución de responsabilidad en muchos casos distante a la realidad de los hechos, generando una comprensible disconformidad entre los usuarios del sistema de justicia, los ciudadanos. Así también, el estudio de fallos de cortes

---

<sup>25</sup> *Régimen Penal Ecuatoriano. Manual Parte General*. Tomo III. Quito: Ediciones Legales, 2014, p. 66.

extranjeras puede favorecer a una mejor comprensión del tratamiento que se ha dado a este tema en otras jurisdicciones.

El primer fallo, correspondiente a la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, se refiere a un recurso de casación sobre un fallo en un caso de asesinato dictado por el Tribunal Penal de Bolívar. En este caso, el imputado José Rea Rochina, habiendo ejecutado actos posteriores al asesinato perpetrado por otros individuos, al ir en su camioneta y botar el cadáver de Segundo Carvajal en una montaña, con el objetivo de impedir el descubrimiento del ilícito, es sancionado por la corte provincial bajo la figura de complicidad del delito de asesinato. Podemos notar en este fallo una clara confusión conceptual entre encubrimiento y complicidad, así como una evidente falta de conocimiento jurídico por parte de la autoridad provincial, que sanciona a este individuo bajo la figura de complicidad, aun cuando su actuación fue posterior y en un delito en el que no formó parte, por lo que la Corte Suprema corrige el error de derecho cometido, en base a la “abundante prueba testimonial presencial de cargo que establece la certeza de la autoría del procesado José Rea Rochina, como encubridor del asesinato al haber favorecido al autor de esta muerte ocultando la prueba material”<sup>26</sup>, y sancionando al imputado con una pena de 2 años de prisión en relación a la pena establecida para el autor del delito. Es evidente como la falta de conocimiento jurídico en materia de participación fue en este caso determinante y derivó en una incorrecta aplicación de la sanción correspondiente al partícipe.

En cuanto a la complicidad, la justicia ecuatoriana ha emitido también fallos viciados de errores desde el punto de vista teórico, ocasionando la impunidad para algunos infractores. Es el caso de un recurso de casación planteado por el Ministerio Público, por un fallo en el que a Víctor Miguel Merchán Márquez, habiendo ejercido las funciones de

---

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Expediente 139. Registro Oficial Suplemento 111 de 28 de enero de 2011.

campana para el cometimiento de un robo y violación por parte de otro individuo, es decir ejecutando actos simultáneos a la comisión del hecho criminal, es absuelto de todos los cargos por tener el tribunal dudas acerca de su participación. El juez, estando consciente de su participación de forma “indirecta y secundaria [...] conociendo previamente y concomitantemente la planificación de las infracciones de robo y violación”<sup>27</sup>, no condena al procesado por su participación en grado de cómplice del delito, sino que lo absuelve de los cargos. Es la Corte Suprema la que corrige y subsana este error, declarando procedente el recurso de casación e imponiendo al acusado una pena de seis años de reclusión mayor extraordinaria por su responsabilidad como cómplice del delito.

Finalmente un fallo que evidencia la falta de criterio y conocimiento jurídico de las autoridades judiciales en el Ecuador, necesaria para la aplicación de la normativa referente a la participación criminal, es una sentencia emitida por el Tribunal Primero de el Oro, en un caso de tenencia de drogas, en el que se sanciona a Higinio Gonzales como cómplice del delito, donde el procesado aduce que no conocía el contenido del paquete que transportaba cuando lo detuvieron. Esta apreciación del juez, de que el procesado participa en el delito en un grado de cómplice sin haberse siquiera imputado a otra persona como el autor del delito, constituye un desacierto enorme en la aplicación de la teoría de accesoriedad y de la participación criminal, en referencia a que “no es posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe”<sup>28</sup>. Siguiendo esta lógica, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, casa la sentencia recurrida y condena a Gonzales como autor del ilícito, corrigiendo el equívoco de la sentencia de instancia inferior. El razonamiento deviene de que

---

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Gaceta Judicial 11 de 18 de septiembre de 2002.

<sup>28</sup> Enrique Bacigalupo. *Derecho Penal. Parte General*. 2da. Ed. Buenos Aires: 1999, p 517. Citado en Edgardo Donna. *La Autoría y la Participación Criminal*. 2da. Ed. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2002, p. 92.

es inadmisibles que pueda existir persona alguna responsable en el grado de cómplice, sin existir el autor de un delito; que el caso presente hay prueba plena de la participación delictiva del sindicado como autor único del delito que se juzga incriminado y penado.<sup>29</sup>

Los ejemplos dados demuestran y confirman como la aplicación de una normativa que carece de claridad en sus preceptos, genera en la práctica imputaciones equívocas y alejadas de la realidad fáctica de los hechos, afectándose así el principio de previsibilidad de la norma y el principio de proporcionalidad entre el hecho delictivo cometido y la sanción aplicada.

### **1.3 Análisis de jurisprudencia comparada**

El análisis de jurisprudencia comparada es esencial en nuestro enfoque de estudio, ya que esta es una forma de medir y ejemplificar la aplicación de legislaciones mucho más cercanas a los postulados de la doctrina moderna sobre la participación criminal, donde el proceso de imputación se encuentra normado de forma mucho más clara y concisa, comparado con lo que ocurre en la legislación ecuatoriana. Utilizaremos como ejemplo sentencias de cortes chilenas, españolas y argentinas, cuyas legislaciones al formar parte y surgir en base al sistema de derecho romano germánico, manejan sistemas jurídicos similares al ecuatoriano y por tanto sirven como un punto de referencia para el estudio de la aplicación de la normativa penal en nuestro país.

Con el objetivo de comprender el alcance y la implicación jurídica de un delito de encubrimiento como un tipo penal autónomo independiente del delito encubierto, debemos referirnos a un fallo de Audiencia Nacional de España, donde se imputa como autor del delito de encubrimiento en comisión por omisión al apelante Eusebio, quien “perpetró la primera modalidad de encubrimiento, consistente en auxiliar al también acusado Sr.

---

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia. Cuarta Sala de lo Penal. Gaceta Judicial 1 de 7 de diciembre de 1993.

Alfredo para que se beneficiara del provecho o producto del delito de apropiación indebida que cometió, sin ánimo de lucro propio<sup>30</sup>, al ser el primero Director Financiero de la SGAE y por tanto ostentar un deber positivo sobre el bien jurídico protegido, es decir estar en posición de garante sobre la disposición del patrimonio de la entidad y no haber actuado debidamente frente a la mala utilización de dichos fondos por parte del también Directivo Sr. Alfredo. Esta aplicación de la norma española refleja claramente la tendencia actual de la doctrina de dar autonomía normativa al delito de encubrimiento, con lo que se lo sanciona de acuerdo al tipo normativo y no al delito previamente cometido, con el cual en virtud de actos posteriores a la comisión del ilícito principal no existe relación causal alguna con el resultado.

Con distinto criterio al de jueces ecuatorianos podemos encontrar en un fallo de la Corte Federal de San Martín en Argentina, donde un individuo con pleno conocimiento del delito de secuestro extorsivo perpetrado por otros individuos proporciona a estos su automóvil para trasladar y liberar a la víctima a cambio del pago de un rescate. En este caso la Corte decide imputar al sospechoso bajo la figura de complicidad por sus actos simultáneos y de colaboración para los autores del ilícito, considerando que, aun cuando este aporte era considerado importante para la liberación de la víctima y el escape de los delincuentes, este se hubiera realizado aun sin esta colaboración, “en consecuencia, la ayuda de éste resultó de vital importancia según el plan de los autores, mas no imprescindible para continuar con el delito o indispensable para su resolución”<sup>31</sup>, por lo que su conducta será un aporte secundario y complementario para la producción del resultado.

En cuanto a la comunicabilidad de circunstancias en el concurso de personas en el delito, podemos encontrar una sentencia sobre un Recurso de Amparo, dictado por la

---

<sup>30</sup> Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Madrid. Resolución No. 8/2015.

<sup>31</sup> Corte Federal de San Martín. Sala Primera de 11 de septiembre de 2003.

Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile, la cual en relación a un delito de malversación de fondos imputada a un funcionario público y la posible comunicabilidad de calidades de dicho delito especial a varios involucrados ajenos al deber positivo de cuidado del bien jurídico protegido, ratifica la posición mayoritaria de la doctrina y de la Corte de Apelaciones en Santiago, que establece que “una vertiente doctrinal plantea una posición relativa, esto es, que los sujetos no calificados o *extraneus* pueden intervenir, pero sólo como partícipes, o como coautores o inductores”<sup>32</sup>. Sin embargo, en este caso en particular, los magistrados de la Segunda Sala, al no haber podido verificar y comprobar la existencia de un conocimiento y voluntad de los *extraneus* en la apropiación de caudales públicos, arguye que no existe razón suficiente para imputarlos como partícipes del delito en cuestión y por tanto sobreseerlos.

Una vez analizada la evolución de los preceptos normativos referentes a la participación criminal, así como algunos precedentes jurisprudenciales que evidencian falencias de gran magnitud en el sistema de justicia ecuatoriano, debemos proceder al siguiente capítulo de estudio, el cual está enfocado en un análisis profundo de la dogmática jurídica referente a la materia, que nos permita comprender desde la teoría, los componentes de la teoría de la participación criminal, así como las distintas corrientes y tendencias desarrolladas alrededor de la misma.

---

<sup>32</sup> Corte Suprema de Chile. Segunda Sala de 21 de noviembre de 2007.

## **CAPITULO 2**

### **AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL**

El presente capítulo tiene por objeto realizar un desglose de la autoría y cada una de las formas de participación criminal desde un enfoque estrictamente dogmático y teórico, lo cual nos permita comprender los elementos y características inherentes a cada una de estas figuras, así como aquellos puntos que las diferencian a unas de otras. Es esencial para nuestro trabajo de investigación, formar un criterio fundado en base a los postulados de la doctrina sobre el concurso de personas en el delito, para posteriormente evaluar si los tipos penales contemplados en la normativa del COIP concuerdan y se adecuan en su redacción a estos postulados, o si por el contrario existen contradicciones y una falta de incidencia de la doctrina en el articulado.

#### **2.1 Alcance e importancia**

Siguiendo los lineamientos trazados por las distintas teorías y corrientes dogmáticas penales, las cuales estudiaremos con mayor detenimiento en los capítulos posteriores, la doctrina ha diseñado un concepto de participación criminal, el cual gira en torno al principal responsable de un hecho delictivo, el autor. “En una palabra, la participación es accesoria, la autoría principal y ello independientemente de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto”<sup>33</sup>. Esta elaboración doctrinaria sobre la participación criminal tiene un fundamento ontológico, el cual nos permite entender al fenómeno delictivo desde un punto de vista fáctico, previo a entrar en el análisis jurídico. El delito o hecho delictivo es consecuencia de un acto positivo o negativo de un individuo, conjuntamente con un elemento de intencionalidad, lo que ocasiona la vulneración de un

---

<sup>33</sup> Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*. 2da. Ed. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p.155.

bien jurídico tutelado. Esta actuación del agente se caracteriza por el dominio, tanto del hecho, como de la voluntad que posee el perpetrador al momento de ejecutar el delito. En virtud de esto, es esta conducta del individuo o delincuente la premisa esencial sobre la cual se ha desarrollado el derecho punitivo y por tanto la base de nuestro estudio. Sin embargo la casuística ha demostrado que el delincuente no siempre actúa por su cuenta, sino que en muchos casos se vale de la ayuda de otros individuos, ya sea para asegurar o perpetrar el delito de una mejor manera. Indistintamente del tipo o grado de colaboración que haya realizado este segundo individuo en el delito, es innegable que su participación está en segundo plano en relación al actuar del autor, quien ha realizado el acto en cuestión, con un componente fundamental de intencionalidad. La pregunta es entonces, ¿debe el derecho penal sancionar de la misma forma al autor, quien ha determinado y liderado la perpetración del delito y a los colaboradores a este delito ajeno? La respuesta es evidentemente negativa, haciendo una relación con el principio de culpabilidad, “el cual hace referencia a los límites del *Ius Puniendi*, presupuestos que se señalan para evitar que se pueda hacer responsable al sujeto por delitos ajenos (Principio de Personalidad de la Pena)”<sup>34</sup>. Es indispensable una distinción en cuanto a la atribución de responsabilidad a cada uno de estos agentes y es en virtud de esto que el derecho penal ha creado la figura de la participación criminal, como una respuesta a esta realidad y necesidad fáctica.

---

<sup>34</sup> Ramiro García. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. 2da. Ed. Quito: Latitud Cero Editores, 2014, pp. 521.

## 2.2 Autoría

Partiendo del concepto restrictivo de autoría y comprendiendo al autor como la pieza angular de la participación criminal, por ser este quien tiene la determinación de cometer un hecho criminal, se ha intentado elaborar un concepto claro y completo de autoría, que permita individualizar y a la vez diferenciar en la práctica a la conducta del autor de cualquier otra conducta realizada por alguno de los partícipes. Sin embargo estos esfuerzos pueden llegar a ser infructuosos, ya que lo que en realidad se busca es el concepto de “un sujeto de imputación: una base para sostener que un acto específico, una cierta obra, un particular hecho, pueden ser considerados como suyos respecto a una determinada persona<sup>35</sup>. Bajo esta consideración, Roxin se refiere a la autoría como “la forma de injusto típico correspondiente a la descripción del delito”<sup>36</sup>, es decir aquella conducta que se adecúa a los elementos objetivos del tipo penal y a la vez propone un procedimiento a seguirse para analizar de forma íntegra a un hecho delictivo. Este procedimiento comprende a grandes rasgos la comprobación de los requisitos objetivos establecidos en el tipo penal que conforman en sí misma la conducta del injusto cometido y posterior a esto de los elementos subjetivos del hecho criminal, como es el dolo o la culpa del procesado. Solamente cuando se haya logrado constatar ambos elementos, tanto el objetivo en el tipo penal, como el subjetivo en el imputado, se procede a determinar el grado de responsabilidad del individuo en este crimen de acuerdo a la incidencia que ha tenido este agente en el mismo. La determinación de la responsabilidad recae en primera instancia en el autor del hecho punible, que es aquel que “ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo

---

<sup>35</sup> Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal*. Tomo II. *Óp. cit.*, p. 85.

<sup>36</sup> Eduardo Franco Loor. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 463.

de cada delito *in species*”<sup>37</sup>. Sin embargo esta atribución de responsabilidad como autor que se otorga a un individuo, dependerá de la conducta realizada por el mismo, existiendo varias formas de acoplarse a lo establecido en la norma.

Debemos en este punto resaltar la posibilidad de que aun cuando se hubieren comprobado los elementos objetivos y subjetivos del delito en la acción del individuo, este no sea sancionado por su conducta en virtud de las llamadas causales de justificación, donde un sujeto actúa, en “rechazo de una agresión actual, ilegítima y no provocada, mediante un acto de defensa, que causa un daño al agresor”<sup>38</sup>. Es necesario en este caso verificar las exigencias legales para su comprobación y aplicación.

### **2.2.1 Autoría inmediata**

La forma más común de incurrir en autoría es aquella en la que una persona “realiza personalmente el delito; en otras palabras, el que de modo directo y personal realiza el hecho típico”<sup>39</sup>. Es el caso de una persona que mediante un disparo de arma de fuego da la muerte a otro individuo, sin que en este hecho intervenga otra persona. Este tipo de autor es también conocido como autor ejecutor o autor inmediato y generalmente es aquel que en la norma se identifica dentro del análisis objetivo, como el sujeto activo del delito.

La teoría del dominio del hecho, introducida por la escuela finalista, predominante en esta materia y a la cual nos adherimos, cimienta la distinción entre los autores y partícipes del ilícito en el dominio del hecho, el cual es ostentado únicamente por los autores y no por los partícipes. Este dominio consiste en la potestad del individuo sobre el desarrollo,

---

<sup>37</sup> Luis Jiménez de Asúa. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 4ta. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p.501.

<sup>38</sup> Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. 10ma. Ed. Quito: Ediciones Legales, 2009, p. 163.

<sup>39</sup> Eduardo Franco Llor. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno. Óp. cit.*, p. 466.

interrupción y configuración del hecho criminal y como profundizaremos más adelante, se fundamenta “en cuanto al control del acontecimiento mundánico en que el delito se fenomeniza, no puede referirse sino al “hecho”, esto es al proceso causal que con la conducta se pone en marcha”<sup>40</sup>. Bajo este razonamiento es claro que si el individuo decide detener el curso causal, el resultado no se producirá. Sin embargo, Jakobs explica que “el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría; junto a éste está el deber especial (y el carácter de ser cometido de propia mano)”<sup>41</sup>. Nos referimos a los delitos de infracción de deber en aquellos casos en que un individuo ostentando un deber especial de protección de un bien jurídico protegido, permite la producción de un resultado lesivo, pudiendo haber actuado para evitarlo, en cumplimiento de su deber. Analizaremos más adelante el criterio adecuado para analizar este tipo de conductas.

Como hemos mencionado, la doctrina prevé por un lado a la acción positiva, en la que por la realización de una conducta específica se da un resultado que viola un bien jurídico protegido y por otro lado la omisión, la cual no radica en

el comportamiento de no hacer nada, sino dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero si la voluntad de no realizar el acto que, de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico.<sup>42</sup>

Cuando este supuesto se da, se entiende que el no haber realizado la conducta salvadora a la cual está obligado el individuo ya sea por la norma o por circunstancias fácticas relacionadas al hecho, equivale a haber causado y ser autor del delito en cuestión. Esta responsabilidad, analizada desde el punto de vista de la tipicidad “requiere que la acción del sujeto que operó como *conditio sine qua non* y el resultado producido sean

---

<sup>40</sup> Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal Fundamental*. Volumen II. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 393.

<sup>41</sup> Günther Jakobs. *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Teoría y Praxis de la Injerencia. El Ocaso del Dominio del Hecho*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004, p. 89.

<sup>42</sup> Raúl Plasencia. *Teoría del delito*. mx. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/44/6.pdf> (acceso: 15/04/2015)

típicos, como además que el curso causal dado entre uno y otro sea “relevante” conforme al tipo”<sup>43</sup>. Para dictaminar la relevancia de una conducta es preciso acudir al criterio de la teoría de la causa adecuada, la cual se basa en que no toda condición es causa del resultado, sino que es necesario hacer un análisis valorativo para determinar si existe un nexo causal entre la acción y el resultado producido. Los presupuestos y requisitos para la imputación de un individuo, en los delitos de omisión, pueden ser agrupados en cuatro principales, que son la existencia de una situación de peligro, el no ejecutar acción debida, la posibilidad fáctica de realizar la acción salvadora y finalmente la producción del resultado lesivo.

La omisión propia “suele ser explicada a partir de la incursión del agente- sujeto activo común o indiferenciado- en un cierto cuadro de situación generador de un determinado deber de actuación”<sup>44</sup>. Este deber de actuación emana del ordenamiento jurídico, es decir que es la norma la que determina esta obligación de actuación de ciertos individuos frente a situaciones que pongan en peligro la tutela de un bien jurídico protegido. Por tanto, es justamente este comportamiento contrario a la obligación estipulada por la norma lo que deriva en la atribución de responsabilidad de autoría, cuando fácticamente es claro que el individuo no ha ejecutado el delito en esta calidad. El ejemplo más claro de esta hipótesis es un oficial de policía, que presencia un asalto y que aun cuando por mandato de ley está obligado a actuar, no lo hace. En este caso el oficial estaba obligado jurídicamente a evitar que se produzca el resultado, pero al no ejecutar el curso causal salvador permite que se lesione el bien jurídico tutelado. Esta forma de responsabilidad penal requiere

---

<sup>43</sup>Allan Arbuola. *Curso de Derecho Penal. Teoría de la Imputación Objetiva.*  
<http://www.mailxmail.com/curso-derecho-penal-teoria-imputacion-objetiva> (acceso: 28/06/2015)

<sup>44</sup>Luis Niño. *Sistemas penales comparados.*  
<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/349/340> (acceso: 08/03/2015)

consecuentemente de la actuación de un sujeto activo calificado, es decir únicamente quienes ostenten una obligación derivada de una norma jurídica.

Por otro lado la omisión impropia, también llamada comisión por omisión, se refiere a aquellas situaciones en las que un individuo estando en posición de garante de otra persona, calidad que ostenta en función de un vínculo especial con el bien jurídico tutelado y que le obliga a evitar la producción de un resultado dañoso, decide no detener el curso causal y permite que se produzca el resultado. Debemos enfatizar por un lado, que la comisión por omisión es posible, únicamente en delitos de resultado, por requerir esta figura necesariamente la producción de un resultado que afecte a un bien jurídico tutelado y que concuerde con el nexo causal producto de la omisión, así como también por otro lado que la comisión por omisión cabe únicamente para delitos dolosos, excluyéndose así en delitos culposos o imprudentes.

Es importante precisar que la teoría del dominio del hecho, como analizaremos más adelante en nuestro estudio, no es capaz de abarcar en sus postulados a los delitos de deber, para los cuales requiere respaldarse en otros criterios como la denominada teoría de infracción de deber, en función de que “lo único decisivo es la infracción del deber típico por parte del obligado por el mismo”<sup>45</sup>, sin que tenga incidencia alguna la dominabilidad sobre el hecho en este tipo de delitos.

### **2.2.2 Autoría mediata**

Pasamos ahora a otra modalidad de autoría mediante una acción positiva, donde encontramos a la autoría mediata. Surgida de la doctrina penal alemana, la autoría mediata

---

<sup>45</sup> Santiago Mir Puig. “La Autoría”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General*. Bogotá-Caracas- Panamá- Quito: Editorial Jurídica Bolivariana, p. 141.

es una de las figuras que mayores complicaciones ha ocasionado a los legisladores penales, ya que por sus características y elementos no encaja dentro de los supuestos tradicionales de autoría. Este concepto surge debido a que “es evidente que cuando alguien se sirve, como instrumento de realización del delito, de otra persona que, generalmente sin saberlo, lo realiza, hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento”<sup>46</sup>. Esta forma de autoría se da en ocasiones en las que el agente “no ejecuta personalmente la acción típica, sino que se vale de otro sujeto que no puede ser considerado ejecutor del hecho o que, pudiendo serlo, no es culpable o no es imputable”<sup>47</sup>. Por tanto, lo que se busca es sancionar a estas personas que se valen de otros para cometer delitos, alejándose de esta forma de los planteamientos clásicos y restringidos de autoría, que sancionaban únicamente a quienes ejecutan personalmente aquellos actos típicos. Es de fundamental importancia comprender el hecho de que el instrumento del cual se vale el autor mediato, ha sido privado de la libertad de autodeterminación, por lo que “aunque es quien ejecuta el hecho descrito por el tipo, carece de un dominio auténtico sobre él”<sup>48</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en la construcción de la participación criminal, el principio de accesoriedad no armoniza con la autoría mediata, “que ontológicamente la rechaza, pues en tanto las hipótesis de participación en virtud de la accesoriedad consisten en cooperar en o determinar un hecho ajeno, la autoría mediata supone por definición la comisión de un hecho propio”<sup>49</sup>. Existen 4 formas bajo las cuales un individuo utiliza a otro como instrumento para la comisión de un delito. La primera modalidad de autoría mediata, también denominada en la doctrina como dominio de la voluntad por error, ocurre en el supuesto en que “el autor mediato domina la voluntad del ejecutor a través del engaño

---

<sup>46</sup> Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*. Óp. cit., p.156.

<sup>47</sup> Gustavo Labatut. *Derecho Penal*. Tomo I. 9<sup>ena</sup>. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 197.

<sup>48</sup> Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit., p. 235.

<sup>49</sup> Fierro, Guillermo. *Teoría de la Participación Criminal. Alcances. Modalidades, autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad*. Óp. cit., p. 353.

sobre las circunstancias reales del hecho que este realiza, o darle al suceso donde aquel interviene, un significado distinto del que realmente le correspondía”<sup>50</sup>. En esta modalidad el autor ejecutor puede no estar consiente de estar incurriendo en una actividad delictiva, pero actúa amparado por la supuesta legalidad atribuida por el individuo de atrás. La segunda forma es la autoría mediata por actuación lícita del instrumento. Es el caso del instrumento que actúa amparado por una causal de justificación, con lo cual se elimina la antijuricidad de la conducta del ejecutor. Sin embargo, por el carácter personal de las causales, “la conducta lícita del instrumento no excluye la responsabilidad del hombre de atrás”<sup>51</sup>, por no estar este último amparado por dicha causal. Posterior a esta, se encuentra la autoría mediata en casos de ausencia de responsabilidad del instrumento, lo cual sucede al momento en que el autor mediato logra “obtener de otro la realización de una conducta delictiva merced a coacción, intimidación o amenazas”<sup>52</sup>. En este supuesto es claro que el instrumento carece de voluntad de acción y por lo tanto la misma no está dirigida a la realización del hecho criminal. La cuarta forma de autoría mediata es aquella que se ejerce ante la falta de culpabilidad del instrumento, mediante una persona que es inimputable frente a la ley, ya que no es capaz de comprender la criminalidad de su conducta. Esta misma lógica se sigue en los casos en que el autor ejecutor actúa bajo un error de prohibición invencible, lo cual incide directamente en la esfera de culpabilidad del autor inmediato.

Finalmente, se ha planteado en la doctrina una teoría, bajo la cual se incluye entre las modalidades anteriormente mencionadas, a la autoría mediata por dominio de la voluntad de aparatos de poder organizado, buscando con esto dar una solución a los casos en los que

---

<sup>50</sup> Eduardo Franco Loor. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Óp. cit., p. 469.

<sup>51</sup> Edgardo Alberto Donna. *La Autoría y la Participación Criminal*. 2da. Ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 54.

<sup>52</sup> Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal*. Óp. cit., p. 90.

por medio de órdenes de altos mandos de organizaciones estructuradas, se cometen delitos que en principio no pueden serles atribuidos a quienes planearon y tenían interés en su comisión. Si bien es cierto estos individuos jerárquicamente superiores dentro de la organización no ejecutan la conducta típica en sí misma, son ellos los que deciden, supervisan y planifican la ejecución de los mismos, por lo que la postura de los partidarios de esta teoría es de aceptar, en base al concepto extensivo de autoría, a este supuesto como una forma particular de autoría mediata, considerando que el dominio del hecho corresponde a quien da la orden a un inferior para que cometa el hecho criminal. Para comprender este concepto utilizaremos el ejemplo dado por Donna, sobre el régimen nazi y la matanza de judíos durante el Holocausto. Explica el autor que

Tampoco es necesario que recurra a los medios de la coacción o engaño, puesto que sabe que cuando uno de los muchos órganos que colaboran en la realización de los delitos no cumpla su tarea, inmediatamente va a entrar otro en su lugar, sin que se vea perjudicada, en su conjunto, la ejecución del plan<sup>53</sup>.

Si bien hemos dado ya algunas ideas acerca de la autoría mediata y sus implicaciones, es imperativo en este punto referirse a los tipos de delitos en los cuales cabe esta autoría, en especial los delitos de resultado, delitos especiales y delitos de propia mano. Gimbernat explica que frente a los delitos de resultado, es decir aquellos en los que el eje del injusto penal es la lesión de un bien jurídico, “la doctrina afirma que el autor mediato es siempre verdadero autor. Tan autor como si ejecutase directamente el hecho”<sup>54</sup>, debido a que este tipo de delitos prohíbe únicamente la causación del resultado, sin que se indique la forma por la que este puede ser ejecutado. Sin embargo distintas consideraciones surgen sobre los delitos especiales y los de propia mano. Por un lado, sobre los delitos especiales, es decir aquellos delitos en los que para ser autor es preciso reunir ciertas características y

---

<sup>53</sup> Claus Roxin. *Taterschaft und Tatherrschaft*. 2da. Ed. Madrid-Barcelona: Editorial Marcial Pons, 1985, p. 267-278. Citado en Edgardo Donna. *La Autoría y la Participación Criminal*. *Óp. cit.*, p. 62.

<sup>54</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2006, p. 199.

condiciones, la tesis dominante y con la cual concuerdo, sostiene que el *extraneus* (sujeto no calificado) “no puede ser autor mediato del delito especial; *el intraneus* puede ser autor mediato con la sola excepción del supuesto de que el delito, además de especial, sea de propia mano”<sup>55</sup>. En cuanto a los delitos de propia mano, la postura mayoritaria mantiene que “el autor mediato nunca será autor porque le es imposible realizar el contenido de lo injusto de tales delitos que es, precisamente, la actividad que realiza el ejecutor”<sup>56</sup>, por lo que no es posible incurrir en autoría mediata en este tipo de delitos.

### 2.2.3 Coautoría

Después de analizar las distintas formas de incurrir en una autoría individual en un delito, abordamos el supuesto en el que varios individuos “se han dividido la ejecución del hecho, en términos tales que disponen del condominio del hecho, sobre cuya consumación deciden en conjunto”<sup>57</sup>. La doctrina ha denominado a quienes incurren en este tipo de conductas como coautores en el hecho delictivo, donde el enfoque se hace para quien “sobre la base de la cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva, presta una aportación no inesencial al hecho”<sup>58</sup>. Este aporte no inesencial consiste en una contribución a la ejecución del delito, la cual debe tener relevancia en el desarrollo del mismo y su resultado, es decir que sea esencial. Para la configuración de la coautoría en un ilícito es preciso constatar la presencia de 2 elementos, que son el elemento subjetivo, es decir la resolución o acuerdo en común y por otro lado el elemento objetivo, que es la contribución y aporte objetivo al hecho. Una de las características de la coautoría, es la imposibilidad de

---

<sup>55</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 201.

<sup>56</sup> Id., p. 214.

<sup>57</sup> Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 240.

<sup>58</sup> Eduardo Franco Llor. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno. Óp. cit.*, p. 478.

que exista accesoriedad para el coautor, por lo que su responsabilidad no depende bajo ninguna circunstancia de la responsabilidad de otro copartícipe, ya que “si suprimiéramos la existencia de los otros colaboradores, seguiría siendo autor, porque realizo actos típicos y consumativos”<sup>59</sup>. Es primordial en este supuesto la existencia de un concierto previo de los autores para el cometimiento del delito, sin el cual la conducta no puede ser considerada como una división de trabajo en estricto sentido. Esto da una solución frente a la problemática que existe en lo referente a la determinación del coautor, al momento en que los coautores ejecutando conductas que no comprenden la totalidad del tipo penal descrito en la norma, ejercen una división de trabajo concomitante y por tanto deben ser sancionados por ejecutar actos decisivos y determinantes en la consumación del hecho delictivo.

## **2.3 Complicidad**

### **2.3.1 Concepto**

Posterior al análisis de las distintas modalidades de autoría, enfocamos nuestro estudio en la primera forma de participación criminal, que es la complicidad. Esta figura sanciona a quienes sin estar comprendidos en la descripción del tipo penal “de alguna manera cooperan, ayudan o auxilian -objetiva y subjetivamente- a la producción del hecho descrito”<sup>60</sup>. Este individuo facilita o favorece a un hecho ajeno y es por esto que no se ve involucrado ni ostenta una dominabilidad sobre ese hecho criminal.

La complicidad puede ser moral y material; aquella consiste en, ora en el hecho de instruir al delincuente indicándole el modo o forma de ejecución del delito, para darle

---

<sup>59</sup> Luis Jiménez de Asúa. *Teoría del Delito*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2003, p.578.

<sup>60</sup> Guillermo Fierro. *Teoría de la Participación Criminal. Alcances. Modalidades, autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad. Óp. cit.*, p. 473.

ánimos permitiéndole ayuda para su perpetración o para facilitar su impunidad; la complicidad es material cuando se prestan medios materiales para la realización del hecho o cuando se interviene en su ejecución mediante actos que no sean los propios y característicos del delito<sup>61</sup>.

La doctrina penal ha dividido a la complicidad bajo dos distintos supuestos, dando como resultado la creación de los conceptos de cooperación necesaria o principal por un lado, la cual en varias legislaciones se ha equiparado (no en el ámbito dogmático), sino en el ámbito punitivo, con la coautoría y por otro la complicidad o cooperación secundaria. “La mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda no es ya [...] un criterio para separar entre sí la complicidad primaria y secundaria, sino una pauta judicial para la tasación de la pena”<sup>62</sup>. El aporte es indudablemente una causa del resultado, ya que suprimiendo ese aporte, el resultado dañoso no se hubiera podido cometer (*conditio sine qua non*), sin embargo no todos los aportes ostentan esta característica de esencial para la comisión de un hecho delictivo y es ahí donde recae la diferencia entre complicidad necesaria y secundaria y de donde parte el objeto de discusión, que “plantea problemas casi insolubles en la práctica, ya que es imposible precisar con nitidez cuando la contribución prestada es necesaria y, por lo tanto, imprescindible para la realización del hecho”<sup>63</sup>. El motivo de debate es la determinación del criterio a seguirse para valorar la necesidad del aporte, para la cual no existe una postura unánime en la dogmática penal, “hasta el punto de no haber faltado autores que han creído que ese criterio debería quedar librado al prudente arbitrio judicial”<sup>64</sup>. Una solución, dejando de lado esta última propuesta en extremo conformista a mi parecer, la da Gimbernat<sup>65</sup> con su teoría de los bienes escasos, la cual en casos en los que el aporte se hace con la entrega de un bien al delincuente, propone

---

<sup>61</sup> Eugenio Cuello Calón. *Derecho Penal*. Tomo I. 9ª ed. Ed. México DF: Editorial Nacional, 1951, p. 550.

<sup>62</sup> Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal Fundamental*. *Óp. cit.*, p. 409.

<sup>63</sup> Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*. *Óp. cit.*, p.162.

<sup>64</sup> Eusebio Gómez. *Tratado*. P. 500. Citado en Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. *Óp. cit.*, p. 398.

<sup>65</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2006, p. 127.

calificar al objeto entregado como escaso o abundante para el autor del ilícito, sin la necesidad de recurrir a valoraciones hipotéticas de si se hubiera o no podido cometer el hecho criminal eliminando ese aporte. Para esto es necesario hacer una calificación provisional que evalúe en primera instancia los factores generales relacionados con el hecho y posteriormente una calificación definitiva, en la que se estudian los factores especiales de cada caso en concreto, con lo que será

el haber entregado la cosa, a pesar de mi conciencia de las dificultades que tenía el ejecutor para adquirirla (cooperación necesaria); el haberla entregado sabiendo que su obtención no representaba un serio problema para el autor material (complicidad); esto y solo esto es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad en mi conducta<sup>66</sup>

Debemos destacar que el aporte no solo puede hacerse mediante la entrega de objetos al ejecutor del hecho delictivo, sino que es también posible el aporte mediante una conducta o mero hacer, para lo cual es esencial “averiguar cuál era el grado de decisión del autor, y que influencia material ha tenido la ayuda prestada sobre el ánimo del ejecutor”<sup>67</sup>. Si el delincuente está decidido a ejecutar el ilícito y la ayuda solo refuerza su idea, la conducta será una complicidad. Por el contrario si la ayuda impulsa al autor a delinquir (vigilante que da mayor confianza al ladrón) o la actividad es causal del resultado (vigilante que silba y avisa al ladrón sobre la policía para continuar posteriormente con el trabajo), la conducta se considerara como una cooperación necesaria o coautoría. Estas consideraciones conjuntamente con un análisis de si la conducta ha representado una remoción de un obstáculo para el autor sobre la comisión del hecho, son una competencia exclusiva de la autoridad judicial, el cual en caso de no llegar a una certeza subjetiva deberá aplicar el *in dubio pro reo* y considerar a la conducta como una complicidad, es decir la más favorable para el imputado.

---

<sup>66</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 135.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 148.

### 2.3.2 Cooperador no necesario

Una vez definidos los criterios de diferenciación entre la cooperación necesaria y la complicidad o cooperación secundaria, es preciso profundizar en la complicidad, la cual requiere de un conocimiento y aceptación por parte del autor de ilícito, el cual puede ser tácito o expreso, siendo estos presupuestos objetivos de la tipicidad. Es por esta razón que “si el autor no se entera de la ayuda que se le presta o si, enterado, la ha rechazado, no puede existir complicidad secundaria”<sup>68</sup>. Siguiendo esta lógica, es claro que no cabe complicidad cuando el autor resulta engañado o cree que esta ayuda es producto del azar o de la naturaleza, sin embargo existe también una teoría de menor aceptación, que propone que el conocimiento del autor no es un factor que incida en la imputabilidad por la conducta del cómplice.

La figura de la complicidad cabe bajo los postulados de la teoría dominante, a la cual nos adherimos, en delitos dolosos, mas no en delitos culposos: “la convergencia de la participación debe ser siempre dolosa, no aceptando la participación culposa en un delito culposo, como no aceptamos la participación culposa en un acto doloso, ni la dolosa en un hecho culposo”<sup>69</sup>. Sin embargo existe también la postura contraria de menor acogida, “para que en un mismo delito puedan concurrir responsables por dolo con otros que lo sean por negligencia o imprudencia”<sup>70</sup>. Una de las características esenciales de la complicidad tiene que ver con el momento en que estas acciones se ejecutan en relación al delito que buscan facilitar o favorecer. Para que estas acciones sean consideradas dentro de este precepto es necesario que sean realizadas con anterioridad o simultaneidad al cometimiento del delito, lo cual diferencia a la complicidad de otras figuras de participación accesoria cometidas en

---

<sup>68</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 397.

<sup>69</sup> Alfonzo Zambrano Pasquel. *Manual de Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 219.

<sup>70</sup> Francisco Pavón. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.* 3era. Ed. México: Editorial Porrúa, 1974, p. 451.

forma posterior, como el encubrimiento. Sin embargo es posible también incurrir en complicidad mediante acciones posteriores a la comisión del ilícito, siempre y cuando esto responda a promesas previas realizadas por cómplice para con el autor. El concepto de la complicidad no se restringe a actuaciones materiales y causales como hemos revisado, sino que admite también un aporte intelectual al mismo, que puede ser de distinta índole “de modo que es posible que también se pueda aportar mediante consejos, que pueden ser jurídicos, indicaciones sobre el lugar de los hechos o los movimientos de la víctima, el fortalecimiento de la voluntad criminal”<sup>71</sup>, entre otros.

En cuanto a la comunicabilidad como efecto de la identidad del tipo y de la coincidencia de culpabilidad en la participación criminal en general, varios ordenamientos jurídicos y tratadistas distinguen a las circunstancias personales de las circunstancias fácticas o instrumentales como solución a la incógnita de su aplicación práctica. Mientras que las circunstancias “inherentes a la persona del delincuente o que consistieren en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o gravar la responsabilidad solo de aquellos quienes concurren”<sup>72</sup>, las circunstancias de ejecución material del hecho o medio empleados para realizarlos, agravan o atenúan la responsabilidad de quienes tenían conocimiento de ellas al momento de la acción o cooperación en el hecho.

Existe la posibilidad de que a pesar de que el partícipe haya cooperado para la ejecución del ilícito, este no llegue a producirse por causas externas al accionar de los involucrados. Es necesario sin embargo, sancionar a quienes han actuado con el objetivo de lesionar un bien jurídico protegido, por el riesgo que han generado para el mismo. Es por esta razón que la tentativa del partícipe por complicidad es una postura aceptada

---

<sup>71</sup> Edgardo Alberto Donna. *La Autoría y la Participación Criminal*. Óp. cit., p. 108.

<sup>72</sup> Luis Jiménez de Asúa. *Teoría del Delito*. Óp. cit., p.577.

ampliamente por la dogmática penal, para la cual “se requiere que el acto de cooperación se exteriorice”<sup>73</sup>, con lo cual se evidencie la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico tutelado. Debemos precisar que la tentativa cabe únicamente en delitos materiales y no en delitos formales, los cuales se perfeccionan por la acción u omisión cometida y no por el resultado final.

## 2.4 Instigación

### 2.4.1 Concepto

La última forma de participación criminal es la llamada instigación o inducción, que es “el influjo intencionalmente realizado sobre una persona para determinarla a la comisión de un delito”<sup>74</sup>. La inducción es una figura jurídica contemplada tradicionalmente bajo la teoría de la participación criminal, “aunque por su entidad cualitativa el legislador, para efectos de pena, la equipara a la autoría”<sup>75</sup>, lo cual no significa que exista una similitud a nivel conceptual entre ambos preceptos normativos. La esencia de este tipo penal recae en generar en otro individuo, el cual debe a su vez estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser considerado un autor del hecho criminal, “la resolución efectiva de cometer un hecho típicamente antijurídico”<sup>76</sup>, es decir que adopte la resolución de ejecutar el hecho criminal como suyo propio.

---

<sup>73</sup> Alfonso Zambrano Pasquel. *Manual de Derecho Penal*. Óp. cit., p. 232.

<sup>74</sup> Eduardo Franco Llor. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Óp. cit., p. 496.

<sup>75</sup> Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*. Óp. cit., p.160.

<sup>76</sup> Guillermo Fierro. *Teoría de la Participación Criminal. Alcances. Modalidades, Autoría, Causalidad y Participación, Instigación, Complicidad*. Óp. cit., p. 419.

## 2.4.2 Presupuestos del tipo

La inducción, como una de las formas de participación criminal, debe ser analizada en relación al principio de accesoriedad que mantiene con el delito principal que se pretendía instigar, es decir que “la inducción debe ser de tal entidad que pueda conectarse causalmente, desde el punto de vista psíquico, con la voluntad del inducido”<sup>77</sup>, para lo cual esta ha de reunir dos requisitos: ser directa, es decir que haya surgido de una relación personal entre el instigador y el instigado, excluyéndose así la posibilidad de instigar mediante interpuesta persona y por otro lado debe ser eficaz, de tal manera que tenga una incidencia fundamental y sea determinante, generando en el instigado la voluntad dirigida hacia el cometimiento del ilícito, el cual él considera como propio y de su beneficio. Argibay hace alusión a la acción del instigador y explica que “su participación no radica en proceso alguno de índole intelectual, sino volitiva; si refuerza la idea ya formada hasta el extremo de provocar la resolución, habrá determinado y si la determinación es directa, por ese hecho ya será instigador”<sup>78</sup>.

Es este obrar directo del instigador sobre el ejecutor mediante actos positivos, lo que conduce a que “no cabe la inducción por omisión ni tampoco por imprudencia”<sup>79</sup>. Posible es sin embargo, que la instigación directa sea a través de actos expresos, como ya hemos revisado, o tácitos, como en el supuesto en que A hace sustraer un objeto que B regaló a su mujer C, entregándolo luego a D, para intentar hacer creer a B que su mujer lo engaña y este decida darle muerte. “Lo que importa es que se actúe positivamente con el propósito de formar en el tercero la resolución delictual”<sup>80</sup>. El hecho de no intentar disuadir a un individuo que consulta a otro sobre la intención de cometer un ilícito, al no emitir

---

<sup>77</sup> Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito. Óp. cit.*, p.161.

<sup>78</sup> José Argibay *et al. Derecho Penal. Parte General I. Óp. cit.*, p. 362.

<sup>79</sup> Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito. Óp. cit.*, p.161.

<sup>80</sup> Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 245.

comentario alguno al respecto, no puede calificarse dentro de la conducta, aun cuando esta abstención sea determinante en la voluntad del autor.

La instigación, al igual que las otras formas de participación criminal analizadas previamente es una conducta eminentemente dolosa, lo que implica el dolo tanto del instigador, como del autor ejecutor, que ejecuta la acción punible. Es por esta razón que “no hay instigación culposa al delito doloso o culposo ni instigación dolosa al delito culposo”<sup>81</sup>. El primer supuesto mencionado encaja dentro de la categoría de autoría culposa, mientras que en el segundo caso estamos frente a una autoría mediata o de determinación. Por otro lado, tampoco “es punible la tentativa a la instigación, vale decir la instigación que no determina siquiera a un delito intentado, pero si la instigación a la tentativa”<sup>82</sup>.

De la misma forma es preciso referirnos a la instigación en un delito frustrado. Sobre esta premisa es imperativo resaltar que a pesar de que la acción del agente concluye, el resultado que se esperaba no se llega a producir por situaciones o causas extrañas al agente. En este caso el inductor o instigador deberá ser sancionado en relación al delito que buscaba sea ejecutado, ya que la actuación del autor inmediato fue completa, con lo que se verifican los elementos que constituyen a la instigación en sí misma y que por lo tanto fundamentan su punición.

Es preciso referirnos a un concepto pocas veces suscitado en la casuística, que es la llamada participación en cadena, que hace alusión a situaciones en las que un partícipe no colabora directamente con el autor del delito, sino que su aporte lo enfoca para colaborar con otro partícipe. La doctrina dominante sostiene en este aspecto, “que los actos de

---

<sup>81</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit., p. 391.

<sup>82</sup> Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal Fundamental*. Óp. cit., p. 407.

participación en otros de participación, son actos de participación en el hecho principal”<sup>83</sup>, alejándose de la postura minoritaria que mantiene que estos actos deben ser sancionados en base a la participación, no en el delito de la parte especial sino en la misma participación delictiva, la llamada participación en la participación. Mi postura frente a esta incógnita es ciertamente apegada a la doctrina mayoritaria, ya que considero que la participación para favorecer a otro partícipe, estará siempre enfocada en la comisión del hecho delictivo principal y será por tanto una causa para la producción del resultado del mismo, por lo que su conducta deberá ser sancionada en base a esta lógica.

Un caso especial y similar de inducción es el llamado agente provocador, figura que no representa mayores complicaciones para doctrinarios y legisladores y que es “el que instiga a otro a la comisión de un delito, no con miras a la producción misma de la infracción, sino para poner al instigado en situación de ser castigado por la justicia”<sup>84</sup>. La característica esencial de este precepto es que el agente concurre en el hecho fáctico, pero no concurre en la voluntad de lesionar un bien jurídico protegido, lo cual evidencia la distinción con la instigación, ya que

el provocador generalmente actuará sin dolo, porque no quiere la consumación del delito; pero si la consumación se produce, siéndole el resultado imputable a título de dolo eventual o culpa, responderá en el primer caso como instigador al delito cometido y en el segundo como autor mediato culposo en el mismo<sup>85</sup>.

## 2.5 Encubrimiento

Anteriormente mencionamos como la última forma de participación criminal a la instigación, partiendo de la tendencia moderna de la dogmática penal, que considera al encubrimiento como un delito autónomo y ajeno al delito que pretendía favorecer el

---

<sup>83</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Óp. cit., p. 288.

<sup>84</sup> Eduardo Franco Llor. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Óp. cit., p. 502.

<sup>85</sup> Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal Fundamental*. Óp. cit., p. 407.

encubridor. Por mucho tiempo considerado como una forma más de participación criminal “hoy se considera generalmente como un hecho delictuoso independiente, el encubrimiento de personas como un delito contra la administración de justicia, el de cosas como un delito contra el patrimonio”<sup>86</sup>. Fuera de la discusión sobre la inclusión o exclusión del encubrimiento en la participación criminal, el análisis de esta conducta es similar en la mayoría de legislaciones alrededor del mundo. Por las características del encubrimiento es preciso estructurar nuestro estudio en función de las 4 distintas condiciones o requisitos inherentes a esta figura jurídica, para de esta forma comprender de forma conjunta el alcance de la misma.

La primera de estas características tiene que ver con el conocimiento que debe tener el encubridor de la perpetración de un hecho delictivo o de actos ejecutados para el cometimiento del mismo. “Aun cuando no hace falta que el encubridor conozca los detalles del delito cometido, es indispensable que sepa con certeza (sin que dude) que su acto ayuda al autor o al cómplice de un delito”<sup>87</sup>. Así también es necesario el elemento de intencionalidad en el encubridor para ayudar a los autores del delito, lo cual representa el elemento subjetivo de la participación. Posterior a esto, es esencial para incurrir en un encubrimiento que el partícipe no sea ni autor ni cómplice del delito que se piensa encubrir, lo cual se desprende de la lógica que nadie puede ser procesado como encubridor de un delito propio, debiendo prevalecer el principio de *non bis in ídem* imperante en el derecho. El tercer requisito tiene que ver con el momento en que el encubridor actúa, en otras palabras que el delito encubierto sea anterior a la conducta del encubridor, cuya conducta debe ser *ex post*. El agente debe “intervenir con posterioridad a la ejecución del

---

<sup>86</sup> Eugenio Cuello Calón. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 553.

<sup>87</sup> *Régimen Penal Ecuatoriano. Manual Parte General. Óp. cit.*, p. 350.

delito, exigencia que permite diferenciar al encubridor del cómplice”<sup>88</sup>, el cual actúa en base a un concierto previo con el ejecutor del delito y de forma anterior o simultánea a la comisión del mismo. Esto se fundamenta en el principio de causalidad, ya que por el carácter de *ex post* de la conducta realizada,

no cabe, en realidad, dentro del concepto de la participación. En efecto, si es partícipe todo el que contribuye a producir un delito, no puede corresponder a tal categoría el encubrimiento en cuyos presupuestos figura el de practicarse cuando el delito ha sido consumado<sup>89</sup>.

Sin embargo existe un supuesto bajo el cual se acepta una participación posterior en el delito y es “cuando el acto del partícipe se encuentra necesariamente ligado a la ejecución del propio delito, de tal manera que integra la condición causal del mismo”<sup>90</sup>. Esta conducta posterior al cometimiento del delito encaja en el precepto de complicidad, con motivo del acuerdo previo entre el partícipe y el autor y es la única modalidad bajo la cual es aceptada una actuación posterior a la ejecución del delito como parte de la participación criminal. El último requisito constitutivo de encubrimiento es que la conducta del encubridor sea sobre actos de favorecimiento hacia el delincuente, “ya sea permitiéndole que aproveche de los resultados del delito, ya ayudándolo a escapar de la acción de la justicia”<sup>91</sup>. Sobre este requisito es necesario profundizar en algunos de estos comportamientos, que son los que generarán la imputación por encubrimiento del individuo. La primera de estas intervenciones es el favorecimiento personal, conducta con la que se impide el descubrimiento y acción de la aparataje estatal “albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable”<sup>92</sup>. Sobre esta acción del encubridor surge un punto de discusión, por la condición de habitualidad que generalmente acompaña a este precepto

---

<sup>88</sup> Gustavo Labatut. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 203.

<sup>89</sup> Ignacio Villalobos. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 3era. Ed. México: Editorial Porrúa, 1975, p. 493-494.

<sup>90</sup> Francisco Pavón. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Óp. cit.*, p. 456.

<sup>91</sup> *Régimen Penal Ecuatoriano. Manual Parte General. Óp. cit.* p. 350.

<sup>92</sup> Eugenio Cuello Calón. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 561.

como elemento objetivo del tipo. Al ser la habitualidad un concepto en extremo subjetivo, genera criterios diversos en su determinación, lo cual permite en casos puntuales una impunidad del encubridor. Debemos precisar que la simple reiteración de esta conducta no implica una habitualidad, la cual “requiere, además, una cierta tendencia o actitud interna del sujeto, cuya apreciación precisa de un examen caso por caso”<sup>93</sup>. Distinta conducta es el denominado favorecimiento real, que tiene que ver con alterar, ocultar o inutilizar los efectos, cuerpos o instrumentos del delito, con la intención de impedir que se descubra el hecho delictivo consumado. “Por efectos del crimen o simple delito se entiende el objeto material del mismo y lo anexo a él”<sup>94</sup>, que a manera de ejemplificación podrían ser indicios, huellas, señales, etc. que pudieran guiar hacia el autor del hecho punible. La segunda forma de intervención es el denominado aprovechamiento, que consiste en “en el auxilio al delincuente para que se aproveche de los efectos del delito o falta”<sup>95</sup>, también denominado receptación o encubrimiento lucrativo. En esta conducta, característicamente relacionada a los delitos contra la propiedad, “se comprenden los actos del encubridor encaminado a lucrar con los efectos del delito, sea procurándose a sí mismo un beneficio, sea asegurando al delincuente el provecho de su acción punible”<sup>96</sup>. Algunos autores consideran esta actuación del encubridor como el agotamiento del delito, sin embargo para otros esto “no siempre ocurre así; pues cuando, por ejemplo el encubridor se apropia de los zapatos de la víctima de un homicidio antes de proceder a enterrar el cadáver a solicitud del autor, los propósitos finales de este último no se verán seguramente satisfechos por la sola realización de esa conducta”<sup>97</sup>. Un sector de la doctrina mantiene una postura, la cual comparto, que considera que este aprovechamiento debe hacerse de una forma directa,

---

<sup>93</sup> Alfredo Etcheberry. *Para la precisión del concepto de delito especial y su distinción en propios e impropios*. Citado en Enrique Cury. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 258.

<sup>94</sup> Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 103.

<sup>95</sup> Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito. Óp. cit.*, p.167.

<sup>96</sup> Gustavo Labatut. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 204.

<sup>97</sup> Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 253.

quitando la posibilidad de incurrir en este tipo por una receptación obtenida por interpuesta persona, aunque existe también una corriente dogmática que acepta una receptación sustitutiva, es decir un aprovechamiento indirecto en que una persona recibe un objeto adquirido con dinero producto de un ilícito, conociendo del origen de este objeto, extendiendo de esta forma al concepto del encubridor casi de forma indefinida. En este supuesto sería necesario dilucidar si el intermediario ha actuado únicamente de esta forma o si por el contrario se aprovechó de los efectos del delito, recayendo también su conducta bajo encubrimiento.

Finalmente la alteración a la verdad es la última modalidad de actuación de encubrimiento y consiste en “ocultar o alterar la verdad, cuando el encubridor ha sido llamado, en razón de su profesión, empleo arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o al esclarecimiento de la verdad”<sup>98</sup>. Este supuesto aplica, por obvias razones, a peritos y otros profesionales que con intención de favorecer al delincuente falsean o alteran informes a ser utilizados en el proceso.

La doctrina ha mantenido una posición de tolerancia, en los que considera al encubrimiento como una conducta no punible en casos puntuales, como son el encubrimiento entre cónyuges y parientes próximos y el encubrimiento al amigo íntimo o benefactor. Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos, han hecho a través de leyes especiales, una excepción a estos casos de encubrimientos exentos de punición, los cuales están relacionados a delitos fuertemente censurados por la opinión pública, como son los delitos de género, sexuales o intrafamiliares. En estos casos, ya sean cónyuges, familiares o amigos cercanos al delincuente, la obligación de denunciar estos delitos no cesa, con lo que se busca lograr la punición del agente perpetrador del ilícito.

---

<sup>98</sup> *Régimen Penal Ecuatoriano. Manual Parte General. Óp. cit.*, p. 351.

### **CAPÍTULO 3**

## **LA INDIVIDUALIZACION DE CADA AGENTE DEL DELITO COMO PROBLEMA EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA**

La distinción entre los concurrentes en un hecho delictivo está determinada por los preceptos y sus elementos normativos, los cuales dan las pautas y elementos concernientes a cada uno de los partícipes. Sin embargo, la normativa no puede determinar criterios de interpretación normativa para el desarrollo y proceso de imputación de los involucrados, lo cual queda al arbitrio del juzgador, quien es libre de adoptar una u otra teoría como parte de su motivación al fallar en sentencia. Por tanto, es un pilar para nuestro trabajo de investigación, el estudio y posterior toma de postura en lo relativo a las teorías de imputación propuestas por la doctrina.

Existen dentro del proceso de imputación a una persona por un hecho criminal, tres elementos indispensables para su adecuada configuración y consecuente aplicación de la norma jurídica para el caso en particular. Es así que la acción ejecutada por un individuo debe ser típica, antijurídica y finalmente culpable para dar paso a la sanción de su perpetrador. Siendo la tipicidad la adecuación de la conducta a lo establecido de forma expresa por la normativa penal, la antijuricidad la forma en la que esta conducta específica lesiona un bien jurídico protegido y la culpabilidad el nivel de imputabilidad y vinculación del individuo con el hecho criminal, queda claro que la tipicidad es en sí misma el primer paso a evaluarse antes de tomar en consideración a los otros dos elementos.

Estudiamos ya en el capítulo anterior las particularidades y características dogmáticas de la autoría y las distintas formas de participación criminal, lo cual nos permite comprender a cada uno de estos conceptos desde la teoría, sin embargo al no poder la

normativa establecer y contemplar todos los supuestos de conductas dentro de los tipos penales, la interpretación por parte del ente administrador de justicia tiene una importancia superlativa. La doctrina de forma unánime mantiene que no es necesaria la inclusión de normas relativas a la interpretación de la ley en la normativa, ya que “el juez debe atenerse a las normas generales y a los principios doctrinarios sobre esta materia”<sup>99</sup>. En función de esto considero esencial para nuestro estudio, el análisis de los distintos principios y teorías que fundamentan a la imputación penal en la participación criminal, con una orientación estrictamente doctrinaria, tomando en cuenta el rol fundamental que esta cumple, la cual “se manifiesta en el hecho que es la doctrina la que forja el vocabulario y las nociones jurídicas que el legislador emplea”<sup>100</sup>.

### **3.1 Tipos de concurrencia**

#### **3.1.1 Concurrencia necesaria**

La normativa penal ecuatoriana contempla dos posibilidades de concurrir en actividades delictivas, entre las que están aquellas que por su estructura normativa requieren de la actuación de dos o más personas para su ejecución y se denominan delitos colectivos o plurisubjetivos. Estos delitos no pueden ser cometidos por una sola persona, debido a que el sujeto activo no puede realizar el verbo típico en soledad. Tratamos en este caso con una concurrencia necesaria, como es el caso del delito de colusión contemplado en nuestra legislación, que por sus características y elementos normativos requerirá para su configuración de la participación de dos o más personas.

---

<sup>99</sup> Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. 10ma. Ed. Quito: Ediciones Legales, 2009, p. 85.

<sup>100</sup> Rene David. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2792/18.pdf>. (acceso: 02/01/2015).

### 3.1.2 Concurrencia eventual

Por otro lado dentro de los delitos especiales se describen conductas individuales o unipersonales, las cuales de forma excepcional pueden verse realizadas por varios individuos, que es justamente donde surge la figura de la participación criminal. Es un delito unisubjetivo “cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias”<sup>101</sup> y en la doctrina se lo denomina como una concurrencia eventual en razón de que por su estructura típica en la norma solamente se requiere de un individuo para su realización. Es justamente sobre estos delitos especiales unisubjetivos y la concurrencia eventual que nos ocupamos en nuestro estudio, con el objetivo de determinar y diferenciar las distintas responsabilidades presentes en cada uno de los intervinientes del hecho criminal.

### 3.2 Teorías de delimitación de autoría

En relación al concurso de personas en el delito han surgido en la doctrina penal varias corrientes ideológicas que visualizan y consideran tanto al delito como a sus perpetradores de distintas maneras. Una forma de adentrarnos al análisis del “fundamento y los límites de la participación en el delito, es a través de la exposición de las diferentes doctrinas, teorías y argumentaciones”<sup>102</sup> relacionadas con el concurso de personas en el delito, con lo cual podamos esgrimir una opinión crítica sobre el tratamiento que esta nueva codificación da a esta figura. La primera forma de abordar al concurso de personas en el delito fue a través del concepto unitario del autor para el cual, basado en la causalidad y amparado en la equivalencia de condiciones “no es posible distinguir entre autoría y participación, sino

---

<sup>101</sup> Francisco Pavón. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 3era. Ed. México: Editorial Porrúa, 1974, p. 435.

<sup>102</sup> Ramiro García. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Óp. cit. p. 520.

que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo”<sup>103</sup>. Esta noción responde en esencia a una tendencia político-criminal que pretendía castigar a todos los involucrados de la misma manera, independientemente de la calidad y cantidad de su aporte al ilícito. Por esta razón el concepto unitario de autor tiene una relación directa con las teorías extensivas de autoría, en las cuales el cómplice o partícipe no es conceptualmente distinto al autor, sino que son equiparados por la normativa en el ámbito punitivo. Bajo estos postulados será autor cualquier agente que por su accionar haya interpuesto una causa del resultado, entendiéndose que la teoría de la participación ejerce una función de limitación de la punibilidad. Esta postura es en realidad insostenible bajo los postulados de la doctrina penal moderna, por ejemplo en relación a los delitos de propia mano, donde no es concebible una imputación sin realizar la acción nuclear del tipo, así como también en delitos propios, en que “la punición del partícipe, en lugar de ser una forma de restringir la punibilidad del autor, es una clara forma de extenderla”<sup>104</sup>. Las teorías extensivas del autor carecen en la actualidad de seguidores en razón de su incompatibilidad y contrariedad con el principio de legalidad, visto esto reflejado en los distintos ordenamientos jurídicos en el mundo.

Habiendo sido rechazadas las teorías extensivas de autoría, la doctrina ha incursionado por un camino diametralmente opuesto, basado en el elemento óntico, bajo el cual es indispensable para la administración de justicia y por tanto para el ordenamiento jurídico lograr una diferenciación conceptual y normativa clara, entre autores y partícipes, con vistas a la premisa de que es posible una autoría sin participación, mas no una participación sin autoría. “Por tal razón, es necesario trazar con firmeza la frontera que divide ambos

---

<sup>103</sup> Santiago Mir Puig. “La Autoría”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General*. Óp. cit., p. 135.

<sup>104</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit., p. 299.

conceptos. Pero esta no es una tarea sencilla y al respecto la literatura se encuentra hasta el presente muy dividida”<sup>105</sup>.

Con este antecedente surgen las llamadas teorías restrictivas, que parten de la idea de que los tipos penales de la parte especial están enfocados únicamente en la conducta del autor, contemplándose la posibilidad de la concurrencia de otros individuos en el mismo ilícito de forma excepcional, motivo por el cual no todos los individuos que concurren en un hecho criminal deben ser calificados de autores, sino que deben ser evaluados en función de la calidad y cantidad de su aporte en el resultado dañoso. Por tanto “los preceptos que regulan la participación simplemente fundamentan una extensión de la punibilidad que básicamente es la del tipo prevista para el autor del delito”<sup>106</sup>. El eje de la discusión es determinar y precisar el criterio mediante el cual se califique cuando la contribución ha sido propia de un autor y cuando propia de un partícipe, para lo cual destacan tres teorías, que son la teoría objetivo-formal, la teoría objetivo material y la teoría del dominio del hecho, las cuales analizaremos conjuntamente con la teoría subjetiva, para de esta forma poder formar un criterio global y estructurado que nos permita adherirnos a la que de mejor forma se adecúe a las necesidades e intereses de la sociedad y la legislación ecuatoriana.

### **3.2.1 Teoría objetivo- material**

La teoría material-objetiva, anterior a la objetivo formal, mantuvo la posición de distinguir a autores y partícipes del hecho delictivo con un criterio que no se limite a la ejecución del verbo nuclear contemplado en el tipo penal, sino que emplea un “criterio

---

<sup>105</sup> Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 221.

<sup>106</sup> Juan Bustos Ramírez. *Derecho Penal. Parte General. Volumen III*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, p. 959.

material más allá de la mera descripción típica: la importancia objetiva de la contribución. Sería autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante<sup>107</sup>. Bajo el manto de la causalidad, el aporte del autor representa una causa del resultado, mientras que el aporte del cómplice, al ser de menor valía para la realización del hecho delictivo es considerado una condición del evento. La cuestión es entonces determinar la importancia de las acciones ejecutadas por cada uno de los concurrentes, para así distinguir entre la conducta causal, propia del autor y la conducta condicional propia del partícipe, desconociendo en todo momento la presencia de un elemento subjetivo en cada aporte. Esto evidentemente es consecuencia de la utilización, como punto de partida, de las teorías individualizadoras de la causalidad propuestas por la doctrina alemana, en contraposición con la teoría de la equivalencia mantenida por la doctrina española. Sin embargo ambas teorías carecen de un sustento concreto, al apoyarse en formulaciones hipotéticas acerca de si el ilícito podía o no cometerse suprimiendo una cierta conducta, dejando de lado la realidad de que cualquier condición, aun cuando pudo haber sido sustituida por otra semejante, mantiene una influencia en el proceso causal.

Basado en estos postulados, las críticas generadas hacia esta teoría se han enfocado en la esencia y razón de ser de este criterio objetivo de diferenciación. Se critica la posición de autor como causa y cómplice como condición, tomada casi como un elemento de las ciencias naturales, en la cual “un modo causal de contemplar las cosas me puede hacer comprender, ciertamente, la concatenación de los acontecimientos exteriores, pero no puede decir nada sobre su significación jurídica, pues es ciego al sentido y al valor<sup>108</sup>. Así también se critica el camino trazado para llegar a la distinción entre autor y cómplice, el

---

<sup>107</sup> Santiago Mir Puig. “La Autoría”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. Óp. cit.*, p. 138.

<sup>108</sup> Claus Roxin. *Taterschaft und Tatherrschaft*. 1963, p.7. Citado en Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal. Óp. cit.* p. 96.

cual invierte el proceso con el que se llega al autor y se basa en un proceso valorativo que una vez concluido, conceptúa como una causa del resultado a los hechos en que “se percibe una significación axiológica mayor y de condiciones, aquellos que axiológicamente carecen de importancia, fundamentándose así *ex post* lo que se había encontrado *a priori*”<sup>109</sup>.

### 3.2.2 Teoría objetivo- formal

La teoría objetivo-formal plantea para la imputación de autoría a “la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente en el tipo legal, es decir para esta teoría, autor es el sujeto que ejecuta la acción expresada en el verbo típico”<sup>110</sup>. Basados en esto, la teoría contempla la posibilidad de una ejecución conjunta o coautoría, así como también el supuesto de la complicidad, entendido como la ejecución de acciones preparatorias o acciones accesorias a la conducta ejecutiva de otro sujeto, las cuales evidentemente no constituyen por sí misma la realización del verbo nuclear del tipo, pero que representan una “colocación simultánea de una concausa”<sup>111</sup>. Al exigirse para la participación dentro de esta teoría una ejecución conjunta de los concurrentes, se hace comprensible la punibilidad del acto preparatorio para el acto de otro. La condición, por tanto, para la punición de los actos preparatorios, es que el curso causal llegue a la ejecución final del ilícito, para de esta forma ser considerados en unidad de acción. La incógnita alrededor de esta tesis surge al buscar el fundamento diferenciador sobre el cual el autor es quien ejecuta el verbo nuclear del tipo y el cómplice quien ejecuta actos de ayuda o preparación para llevar a cabo el delito sin haber incurrido en actos ejecutivos.

---

<sup>109</sup> Finger. *Strafrecht*. 1932, p.546. Citado en Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Óp. cit., p. 97.

<sup>110</sup> Eduardo Franco Loor. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Óp. cit., p. 455.

<sup>111</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Óp. cit., p. 7.

Entre los defensores de esta teoría se han planteado distintos argumentos para sustentar y solventar el cuestionamiento planteado, de los cuales resaltan en primer lugar la reprochabilidad del ejecutor, frente a la de quien comete un acto preparatorio, enfocado en la maldad y peligrosidad de cada uno y por otro lado la subsumibilidad de las acciones ejecutivas en el tipo legal.

En cuanto a la primera hipótesis nos encontramos frente a un intento de soportar una regulación sobre partícipes, basado en la maldad demostrada por cada uno de ellos en sus actos. Al respecto, Roxin sostiene que esta construcción de la teoría de participación sostenida en un argumento de reprochabilidad general, el cual está determinado por criterios sumamente diversos, “sería ocultar la ratio de esta causa de disminución de la pena (sc. la complicidad), sustituyéndola por la formula vacía de que los menos reprobables han de ser castigados más benignamente”<sup>112</sup>. Debemos puntualizar en este sentido, que la reprochabilidad como instrumento valorativo, no debe ser un criterio a utilizarse como distinción entre autor y cómplice, sino como un punto de referencia y control por el que habrá de pasar la tesis que determine la línea de separación entre ambos conceptos. El segundo argumento de justificación, en que “es autor quien realiza un acto ejecutivo en el delito”<sup>113</sup>, ha sido el fundamento que mayores críticas ha recibido por parte de sus detractores, en razón de que el aporte de los partícipes no siempre involucra la realización de actos típicos, por lo que al exigirse esto como un requisito para la imputación, se favorece y permite la absolución e impunidad de los partícipes que no han incurrido en actos descritos en el tipo penal, pero que han contribuido causalmente a la producción del resultado, algo que evidentemente carece de sentido. Así también, la confusión en la que los mismos defensores de este argumento han caído, en relación a los

---

<sup>112</sup> Claus Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 1963, p.30. Citado en Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. *Óp. cit.* p. 13.

<sup>113</sup> Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*. *Óp. cit.*, p.155.

conceptos de acción consumativa y acción ejecutiva, al considerar esta teoría como autor a quien realiza una acción ejecutiva, “el pretendido apoyo que la teoría objetivo-formal cree encontrar en la tipicidad y en el lenguaje corriente no existe. Existiría solo si para dicha teoría autor fuese, únicamente, el que realiza la acción o acciones consumativas”<sup>114</sup>. A modo de explicación, vale aclarar que la acción ejecutiva es en esencia la expresión objetiva y unívoca del agente para delinquir, mientras que la acción consumativa tiene que ver con los actos que efectivamente lesionen al bien jurídico protegido, es decir la adecuación típica y realización del hecho criminal según lo previsto y deseado por el autor.

El principal reproche, que ha ocasionado la decadencia de esta teoría en la doctrina penal es la imposibilidad de contemplar a la autoría mediata en sus postulados, figura que en el derecho penal moderno ha tomado especial importancia. Si para este supuesto, planteado y desarrollado por la doctrina alemana, “será un autor mediato aquel que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo”<sup>115</sup>, ya sea mediante el empleo de un inimputable, el aprovechamiento del error o mediante coacción, queda claro que el hombre de atrás no ejecuta acción típica alguna en pro del cometimiento del ilícito, por lo que al enfrentarnos a un caso de autoría mediata desde la perspectiva de la teoría objetivo-formal, su imputación será una tarea imposible, en virtud de la exigencia de la tipicidad en el accionar de los involucrados, ya que “no habiendo inducción, si se niega la existencia de autoría mediata, se llega al resultado, aparentemente, de dejar sin castigar conductas cuya punición parece que está fuera de duda”<sup>116</sup>. Varios autores consideran también, desde un punto de vista óntico, a la imposibilidad de describir a la autoría, en base a criterios objetivos sin tomar en cuenta el elemento volitivo del agente, lo que ha ocasionado la debacle de esta teoría.

---

<sup>114</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Óp. cit. p. 19.

<sup>115</sup> Eduardo Franco Llor. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Óp. cit., p. 467.

<sup>116</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Óp. cit. p. 24.

### 3.2.3 Teoría subjetiva

Estudiados los planteamientos objetivos para trazar la línea entre autoría y participación, debemos hacer mención a la postura opuesta, que es la teoría subjetiva. El camino de lo subjetivo, cercano a las teorías extensivas del autor y de la equivalencia de condiciones “parte de la imposibilidad de una diferenciación exterior del papel del autor y de los partícipes, dado que todas las condiciones del resultado tienen idéntica significación con respecto a la causalidad del mismo”<sup>117</sup>. Así, el criterio subjetivo se opone al objetivo, cimentado en el ánimo de cada interviniente en el hecho delictivo, por lo que quien ejecute acciones materiales en el delito haciéndolo con ánimo de autor (*animus auctoris*), será considerado autor, mientras que quien ejecute acciones con ánimo de partícipe será considerado como tal (*animus socii*). Para evaluar esta voluntad del autor se han propuesto en la dogmática penal dos alternativas, que son la teoría del dolo y la teoría del interés. Mientras que para la teoría del dolo, relacionada eminentemente con el análisis psíquico de la conducta, partícipes serán quienes “ponen su aportación a disposición de los demás partícipes y estos otros, por su parte, adoptan la decisión sobre si disponen o no de ellas”<sup>118</sup>, para la teoría del interés, el *animus auctoris* coincidirá con quien tenga interés en la causación del delito y por tanto sobre el resultado final.

Al igual que las teorías objetivas, la teoría subjetiva ha sido objeto de numerosas observaciones y reparos, sobre todo en relación a una incongruencia en la secuencia valorativa que hace el juez al decidir y diferenciar de forma casi intuitiva quien será autor y quien un partícipe, para posteriormente intentar sostener este criterio con el argumento subjetivo de quien ha querido y adoptado al ilícito como propio. Por obvias razones, esta

---

<sup>117</sup> Enrique Bacigalupo. “Autoría y Participación”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. Óp. cit.*, p. 87.

<sup>118</sup> Günther Jakobs. “La Autoría”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. Óp. cit.*, p. 43.

valoración supeditada al criterio personal del juzgador genera lagunas que la teoría subjetiva por sí sola no puede subsanar. Otra de las críticas planteadas hacia esta teoría recae en la concepción en sí misma del elemento subjetivo, para lo cual previamente mencionamos las teorías del dolo y del interés, con motivo de la gran cantidad de hechos criminales en los que como en el caso del sicariato, quien tiene el interés del resultado conjuntamente con una disposición final, a la que se somete la voluntad de los otros partícipes, es el individuo de atrás. Por tanto, en estos supuestos cabría únicamente sancionar al ejecutor como un cómplice, aun cuando ha sido este último quien consumó el hecho típico, lo cual se aleja totalmente de la realidad y la intención de la normativa penal. Sus más acérrimos detractores, mantienen en este aspecto que “una teoría que puede justificar la calificación de cómplice, de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello, técnicamente incorrecta”<sup>119</sup>.

### **3.2.4 Teoría del dominio del hecho**

Hemos desglosado los componentes tanto de las teorías objetivas formal y material, como de la teoría subjetiva, las cuales son incapaces de trazar la frontera entre autoría y participación por sí solas, así como de contemplar a todos los supuestos del concurso de personas en el delito. En respuesta a esta problemática surge la escuela y pensamiento finalista, la cual busca subsanar las inconsistencias y dilemas propios de otras escuelas doctrinarias, entendiéndose al delito como una acción de la conducta humana influenciada por el elemento volitivo y orientada a la producción de un determinado resultado típico. Con esto, surge una nueva “concepción de la tipicidad, en la que se incluyen el dolo y la

---

<sup>119</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 38.

culpa, por lo cual se establece tanto un tipo objetivo como un tipo subjetivo”<sup>120</sup>. Es a partir de esto, que la nueva concepción de la tipicidad finalista adquiere un rol fundamental y da paso a la llamada teoría del dominio del hecho, la misma que es cercana al concepto restrictivo de autor y considera decisivo establecer

si y hasta qué punto el partícipe, según la forma y la importancia de su colaboración objetiva y sobre la base de su participación volitiva domina o codomina el sí y el cómo de la realización del tipo para que el resultado se presente como la obra de su voluntad dirigida a un fin o de voluntad coestructurante del hecho<sup>121</sup>.

Justamente es la confluencia del elemento subjetivo y objetivo lo que ha dado tanta aceptación a esta teoría, siendo la predominante en la literatura y doctrina relacionada con la materia y a la cual por cierto me adhiero, por considerarla la única capaz de contemplar a la teoría de participación criminal sin limitarse y excluir a ciertas figuras con características particulares.

Para la teoría del dominio del hecho es autor “quien posee el dominio final de la acción, esto es, el que tanto objetiva como subjetivamente conserve en sus manos las riendas de la conducta, de manera que pueda decidir sobre la consumación del hecho típico”<sup>122</sup>. Siendo el presupuesto objetivo de esta teoría la dominabilidad del agente sobre el hecho, es necesario puntualizar que este elemento no puede ser comprendido desde una visión global y abstracta, ya que el dominio del hecho debe manifestarse de una forma concreta. En este sentido existen tres distintas formas de manifestación del dominio del hecho, de las cuales es necesaria únicamente la presencia de uno en el acto, para verificarse el dominio del individuo sobre el hecho delictivo. Estas tres modalidades del dominio se denominan en la autoría directa o inmediata como el “dominio de la acción, en la autoría

---

<sup>120</sup> Régimen Penal Ecuatoriano. *Óp. cit.*, p. 60.

<sup>121</sup> Johannes Wessels. “Autoría y Participación”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. Óp. cit.*, p. 183.

<sup>122</sup> Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 223.

mediata como dominio de la voluntad del mandante y en la coautoría como dominio funcional del hecho de los coautores que actúan dividiéndose la tarea”<sup>123</sup>, donde entendemos por dominio de la acción como aquel en que el ejecutor de propia mano realiza la acción típica y produce el resultado lesivo, dominio de la voluntad en cuanto existe un dominio sobre el instrumento, ya sea por causas de inimputabilidad, coacción o error y dominio funcional como el reparto de trabajo orientado hacia la comisión conjunta de un ilícito.

Hemos planteado la forma en la que la teoría del dominio del hecho da solución a las grandes interrogantes no abarcadas en teorías objetivas y subjetivas consideradas de forma individual, como es por ejemplo el fundamento de la autoría mediata. Sin embargo existen también varias críticas hacia esta teoría, entre ellas la falta de especificación o delimitación del concepto del dominio, en casos en los que la línea de separación entre la figura del cooperador necesario o coautor y el cooperador secundario o cómplice es muy fina y que por obvias razones acarrea un serio problema frente a la imputación en un proceso penal, así como también la crítica sobre la imposibilidad de caracterizar al autor en base al dominio del hecho en los delitos de deber.

En el primer caso el fondo de la discusión es el criterio a seguirse para determinar en qué casos el aporte de uno de los intervinientes resulta ser una *conditio sine qua non* para la producción del resultado y por lo tanto ostenta un dominio del hecho y en qué casos debe ser considerado como secundario y adecuarse a la figura de complicidad. Interpretado bajo una visión estrictamente abstracta, en pos de diferenciar si una conducta es o no necesaria, el juez debe “tener en cuenta que es lo que hubiera sucedido, hipotéticamente,

---

<sup>123</sup> Johannes Wessels. “Autoría y Participación”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. Óp. cit.*, p. 182.

suprimiendo *in mente* la actividad cuya necesidad se pretende determinar”<sup>124</sup>. ¿Tiene entonces un dominio del hecho el que entrega a otro un cuchillo con el que posteriormente se da muerte a alguien o quien proporciona a otro la contraseña de la caja fuerte con la que luego se ejecutará un robo? Evidentemente el análisis deberá hacerse caso por caso, aunque sin embargo la postura abstracta no parece ser un recurso satisfactorio, ya que bajo un análisis hipotético la solución estará en el criterio y arbitrio del juez, quien en caso de dudar sobre el tema, se verá obligado a aplicar el *in dubio pro reo* y por tanto considerar al participe como un cómplice y nunca como un cooperador necesario y por tanto coautor. No está demás mencionar que esta arbitrariedad que recae en el juez viola tanto el principio de previsibilidad de la norma, como la seguridad jurídica, principios rectores en el derecho penal. La subjetividad en la valoración hipotética se ve reflejada en un sinnúmero de fallos jurisprudenciales, como por ejemplo en un fallo de tercera instancia en un caso de peculado, donde el juez al evaluar el aporte de los tres involucrados considera que

se infiere que los tres sindicados son coautores, y ninguno cómplice, por cuanto sin los actos fraudulentos del Jefe de Sucursal hubiera sido imposible que ninguno de los dos incorrectos titulares de cuenta corriente hubiérase apropiado de fondos del Banco de manera irregular”<sup>125</sup>.

Sin haber llegado a una solución satisfactoria por medio de la teoría abstracta, Gimbernat<sup>126</sup> propone a la teoría de los bienes escasos, la cual es desde mi punto de vista la más adecuada, como la forma de zanjar esta discusión y darle una salida jurídicamente viable desde el punto de vista teórico y aplicable desde el punto de vista práctico. Partiendo del alejamiento de esta teoría frente a la visión abstracta, al rechazar un análisis de la conducta en base a consideraciones hipotéticas, esta teoría no niega, sino que por el contrario ratifica la calidad de *conditio sine qua non* del aporte en el resultado y busca

---

<sup>124</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 115.

<sup>125</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala. Sentencia de 23 de julio de 1985. Gaceta Judicial 9 de 23 de julio de 1985. Serie 14.

<sup>126</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 127.

determinar, en los casos en que el aporte consiste en la entrega de un bien al autor o un mero hacer, si este aporte es o no escaso para el autor y por lo tanto para el posterior cometimiento del ilícito. Utilizaremos dos ejemplos para contrastar y situarnos en esta teoría. En el primero, un coleccionista de armas recibe de otro individuo una pistola con la que el primero comete un asesinato. En el segundo, un ingeniero químico de profesión que entrega a otro individuo un veneno que requiere de una alta tecnología y especialización para su elaboración, el cual luego se utiliza para envenenar y dar muerte a un tercero. La teoría propone la realización de un juicio general para determinar la escasez de la cosa, para posteriormente emitir un juicio definitivo tomando en consideración aquellos elementos particulares del caso. Siguiendo esta lógica, la entrega del arma en el primer ejemplo, bajo un análisis general podría ser considerada como un bien escaso para el individuo promedio, sin embargo una vez realizado el análisis particular y especial del caso, al ser el autor del ilícito un coleccionista de armas, el cual dispone de objetos de similares características, este aporte no puede ser considerado como un bien escaso, en virtud de la facilidad de acceso a las armas del individuo en cuestión; por esta razón el agente que proporcionó dicha arma, deberá ser considerado como un cooperador secundario o cómplice. En el segundo ejemplo, el veneno entregado sí representa un bien escaso para el agente, por la alta especialización química y tecnológica requerida para su producción, la cual no está al alcance del individuo promedio, por lo que en este caso el aporte será considerado como una cooperación necesaria y por tanto una coautoría. Es en esencia “el haber entregado la cosa, a pesar de mi conciencia de las dificultades que tenía el ejecutor para adquirirla (cooperación necesaria); El haberla entregado sabiendo que su obtención no representaba un serio problema para el autor material (complicidad)”<sup>127</sup>. Debemos precisar que en el supuesto en que el cooperador actúa bajo error, es decir cree

---

<sup>127</sup> Enrique Gimbernat. *Autor y Cómplice en Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 135.

aportar un objeto que es escaso cuando en realidad no lo es, responderá por una complicidad consumada, mientras que en el ejemplo contrario, quien cree colaborar con un objeto abundante, siendo en realidad escaso para el ejecutor, responderá por una complicidad frustrada, llevando a esta conducta a la impunidad.

El aporte o cooperación no es únicamente realizado mediante la entrega de una cosa, sino también a través de la ejecución de una conducta o mero hacer. Para esto la teoría del dominio del hecho propone la evaluación de la actuación en base a tres criterios, en pos de determinar si efectivamente esta se puede considerar como indispensable y escasa para el autor. Los factores para esta determinación serán en primer lugar una indiscutible criminalidad del acto, es decir “toda actividad claramente criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria”<sup>128</sup>. En segundo lugar, la conducta prestada debe haber sido un elemento causal del resultado dañoso, sobre lo cual existe una discusión en la doctrina al negarse algunos tratadistas a la posibilidad de que exista una actuación de un cómplice que no sea condición del resultado. Frente a esto, la postura a la cual nos adherimos es la que sostiene la importancia de evaluar la incidencia de la ayuda sobre la resolución y ánimo de delinquir del autor. De acuerdo a esto, si la conducta del cooperador únicamente refuerza la decisión ya tomada del ejecutor para delinquir, deberá ser considerada como una mera complicidad. Por otro lado si la conducta influye en la determinación del autor, al punto de convencerle de ejecutar el delito que de otra manera no hubiera cometido, la conducta deberá ser considerada como una cooperación necesaria. Finalmente el tercer elemento valorativo de la conducta para determinar la necesidad de una contribución será, si habiéndose comprobado el primer y segundo factor, la conducta ha removido un obstáculo serio para el ejecutor en la comisión del ilícito, entendido como una dificultad que

---

<sup>128</sup> Id., p. 143.

comprometa al autor en su intención delictiva. Es en virtud de este razonamiento que considero a la teoría de la escasez de los bienes la más adecuada sostener y complementar a la teoría del dominio del hecho, en lo relativo a la distinción de criterios entre la cooperación necesaria y la cooperación secundaria o complicidad. Si bien es cierto, llegar a una certeza absoluta en relación a la escasez del bien es una tarea compleja, basta la presencia de una certeza subjetiva por parte del juez para lograr esta determinación.

Conjuntamente con el surgimiento de la teoría del dominio del hecho, se ha planteado la creación de la tesis del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder, con la intención de abarcar a los supuestos en que por órdenes de altos mandos de una organización, se cometen delitos a través de ejecutores jerárquicamente inferiores. El fundamento de este dominio está en la característica de fungibilidad del autor inmediato, por lo

que el hombre de atrás puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción, o de prevalerse de una situación de error en el ejecutor, y, además sin tener que conocer a este<sup>129</sup>,

algo que en principio contraría a las características de la autoría mediata, la cual se caracteriza por el hecho de que el ejecutor inmediato carece de voluntad para la comisión del delito, o que es inimputable frente a la ley. Frente a este cuestionamiento es preciso mencionar en primer lugar, que en el caso de delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder, el autor inmediato es plenamente responsable, por lo que este será sancionado como un autor directo, sin embargo el criterio de la obediencia debida sostiene que este es un caso singular de coacción, con características particulares, lo que demuestra que esta figura no está del todo alejada de los presupuestos propios de la autoría mediata.

---

<sup>129</sup> Enrique García Vítor. "La Tesis del Dominio del Hecho a Través de los Aparatos Organizados de Poder". *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*. Balcarce et al. Córdoba- Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001, p. 329.

Partiendo de esta singular forma de libre albedrío de quien recibe las órdenes, la doctrina mantiene que “el verdadero instrumento del que estos se servían no era la persona individual, sino un mecanismo de poder que funcionaba en forma así automática, pues continua operando aun cuando el individuo se niega a obedecer”<sup>130</sup>. Para la configuración de esta particular figura de autoría mediata, es necesaria la verificación de 3 requisitos, que son la desvinculación de la estructura organizada del ordenamiento jurídico, lo cual puede manifestarse ya sea en organizaciones clandestinas y criminales y como también en organizaciones estatales que cometen delitos, el dominio de la organización por parte de quien emite la orden y por último la fungibilidad del ejecutor o autor inmediato.

Si bien es cierto se ha intentado dar a esta figura una solución bajo los conceptos de coautoría e instigación, es la posibilidad de que en este tipo de hechos criminales, quien da la orden y quien la recibe no se conozcan, lo que no permite una decisión conjunta sobre el ilícito o coautoría, ni una instigación directa, sino más bien una simple ejecución de una orden de un superior. Es necesario destacar que es únicamente bajo los postulados de la autoría mediata que se puede sancionar a la tentativa en este tipo de delitos, castigándose a la conducta desde el momento en que el hombre de atrás da la orden, mientras que si se lo tratara bajo una figura de instigación, la tentativa sería punible solamente desde el momento en que el ejecutor inmediato da inicio a la conducta criminal. Considero en función de este razonamiento, que la contemplación y adecuación de la teoría del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder bajo la figura de autoría mediata es correcta, al permitir solucionar el vacío que deja la normativa para este tipo de situaciones.

Mencionamos ya anteriormente que la teoría del dominio del hecho está enfocada principalmente en los delitos de dominio, sin embargo existen otra clase de delitos, como

---

<sup>130</sup> Enrique García Vitor. “La Tesis del Dominio del Hecho a Través de los Aparatos Organizados de Poder”. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Óp. cit.*, p. 337.

son los denominados delitos de deber y como una subcategoría de estos los delitos de propia mano, para los cuales el criterio del dominio del hecho como fundamento de la imputación parece ser insuficiente. La incógnita que se plantea entonces gira en torno al criterio a adoptarse frente a los delitos de dominio y delitos de deber, siendo la teoría del dominio del hecho incapaz de soportar ambos tipos de delitos, razón por la que se ha considerado indispensable en la doctrina, el apoyo de la teoría del dominio del hecho en criterios como la teoría de infracción de deber, relacionada con el concepto de la figura central propuesta por el tratadista alemán Claus Roxin<sup>131</sup> y explicada como la competencia enfocada en el ulterior desarrollo del hecho. La idea con esto, es intentar reducir la brecha existente entre el delito de dominio y el deber. Enfocados en los delitos de deber, el análisis se estructura en 3 partes: comisión propia, codelincuencia y autoría mediata.

Con el dominio del hecho, “entran en consideración, como especiales elementos de la autoría los elementos subjetivos personales de la autoría (los elementos subjetivos de lo injusto, por ejemplo) y los elementos objetivos personales de la autoría”<sup>132</sup>. En la comisión propia, el dominio del hecho se explica a través del señorío y control que tiene el agente sobre la ejecución del hecho criminal, ya que solo podrá organizarse una libertad de comportamiento si cada individuo responde por los resultados y consecuencias directas de sus acciones ejecutadas sin la intromisión de otro agente, a lo que se ha denominado en la doctrina como un sinalagma entre la libertad de comportamiento y la responsabilidad directa por sus consecuencias. Es en este punto que surge el concepto de la competencia y teoría de la infracción de deber, para complementar a la teoría del dominio del hecho, en la cual “al principio de imputación no está un dominio fáctico, sino una institución, y ello no

---

<sup>131</sup> Claus Roxin. *Taterschaft und Tatherrschaft*. 1963, p.529. Citado en Günther Jakobs. *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Teoría y Praxis de la Injerencia. El Ocaso del Dominio del Hecho. Óp. cit.*, p. 89.

<sup>132</sup> Enrique Bacigalupo. “Autoría y Participación”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. Óp. cit.*, p. 86.

solo en los delitos de deber, sino también en el caso de los deberes -como suelo denominarlos- en virtud de competencia por organización”<sup>133</sup>. Este razonamiento ratifica el hecho que no cualquier causación directa es imputable al comportamiento del individuo que tiene el deber positivo, sino que para esto es necesario que la causación se produzca por medio de una conducta no permitida, derivada de la creación de un riesgo mediante una acción u omisión. El análisis del ejecutor directo en un delito de deber debe hacerse en base a una determinación de cuál ha sido el riesgo derivado, lo cual es la clave de todo este desarrollo doctrinario y a su vez de qué específica causa. En virtud de esto, ser el último en la ejecución del tipo penal, o autor ejecutor, no coincide necesariamente con la causación directa “sino que ello requiere de manera adicional la atribución de la causación al ámbito de responsabilidad del causante, esto es, un elemento normativo”<sup>134</sup>. El fundamento recae en la existencia de un deber de precautelar la no vulneración de un bien jurídico protegido, evitando la creación de riesgos típicos y prohibidos, ya sea mediante acción u omisión, ya que en el caso contrario en que la conducta de quien si ostenta este deber no haya sido enfocada en la vulneración de dicho bien jurídico, el conocimiento del desarrollo de un hecho criminal puede ser estrictamente casual, lo cual no deriva en obligación alguna de encargarse de sus consecuencias y por tanto no podrá serle imputable.

Pasamos ahora a examinar a la codelincuencia en los delitos de deber, caracterizada por una división de trabajo entre los agentes, la coautoría. Hemos de establecer primero algunos criterios primordiales para nuestro análisis de este fenómeno delictivo. Partimos del principio de autorresponsabilidad, el cual indica que cada individuo responde únicamente por las consecuencias producto de su comportamiento, con lo que no todas las consecuencias causadas serán imputables,

---

<sup>133</sup> Günther Jakobs. *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Teoría y Praxis de la Injerencia. El Ocaso del Dominio del Hecho. Óp. cit.*, p. 90.

<sup>134</sup> *Id.*, p. 92.

sino solo aquellas cuya producción debe tener en cuenta el sujeto que actúa en el rol en el que se encuentre; con ello, quedan excluidas, por ejemplo, todas las consecuencias hacia las cuales deriva otro sujeto de modo arbitrario el suceso del que responde el primero<sup>135</sup>.

En esta línea, solo podrá configurarse este supuesto en cuanto no exista una arbitrariedad por parte del ejecutor, sino que la ejecución represente una continuación de la conducta anterior, que genere que ambas conductas sean de interés del autor y por tanto atribuibles al mismo. Es esencial el elemento de vinculación en el reparto de trabajo y entre las conductas de los individuos, buscando un solo fin, que es el cometimiento del ilícito. Posible es distinguir en base a este criterio, a aquellas conductas que por no tener una correlación y significación conjunta con la actuación ulterior, deben ser consideradas como aisladas y por lo tanto ajenas a esta concatenación de acciones enfocadas en una lesión de un bien jurídico tutelado. La tarea del administrador de justicia consiste en determinar cuando este reparto de trabajo ha sido un factor vinculante para los intervinientes y cuando se trata de un reparto de tareas con un efecto de aislamiento para los mismos. Se encuentran vinculados los intervinientes, en tanto quien actúa de forma anterior ha creado un marco que posibilita la acción posterior y por lo tanto es causa de la misma. La creación de este marco puede ser realizada de dos formas; en la primera, el individuo además de intervenir de una forma en la que pone un marco para la actuación de otro actor, se preocupa de que esta actuación posterior cuadre con el marco predeterminado por él. El fundamento de esto reside en

que no es lo mismo que alguien, sin orientarse con base en el ulterior desarrollo de carácter delictivo, ejecute una conducta de por sí neutral, que es desviada hacia lo delictivo por quien actúa a continuación, o que genere él mismo la conexión con el posterior acontecer delictivo tomándolo como punto de referencia<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Günther Jakobs. *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Teoría y Praxis de la Injerencia. El Ocaso del Dominio del Hecho. Óp. cit.*, p. 94.

<sup>136</sup> Günther Jakobs. *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Teoría y Praxis de la Injerencia. El Ocaso del Dominio del Hecho. Óp. cit.*, p. 97.

La otra forma de acoplarse a la vinculación de actuaciones es en aquellas contribuciones que por su peligrosidad abstracta se encuentran prohibidas, siendo así que la sola actuación acarrea un riesgo considerable para la sociedad, por lo que aun cuando el agente no tenga una voluntad conjunta con los ejecutantes, orientada hacia la comisión del hecho criminal, el legislador le concede una ubicación jurídica equivalente a los mismos. Existirá entonces una vinculación en tanto la actuación del agente además de ser una causa de una posterior conducta, ha permitido objetivamente la producción de la misma. A modo de ejemplificación de esta vinculación de actuaciones para la codelincuencia, podemos encontrar un fallo de la Corte Nacional de Justicia, en el que el fundamento utilizado por los jueces para sobreseer a varios individuos por cargo de peculado es que como requisito para la coautora ha de constatarse “la ejecución común del hecho: cada coautor ha de ser, subjetivamente, co-portador de la decisión común, y objetivamente, completar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario”<sup>137</sup>, lo cual no fue posible constatar y probar durante el proceso en su contra.

Con los antecedentes expuestos toma aún más sentido la afirmación de que la atribución de autoría no siempre concuerda con quien ejecuta finalmente el tipo, sino que tanto los individuos que actuaron en etapas anteriores como quienes actúan como ejecutores, lo hacen en representación de una persona colectiva, la cual responderá como un ente global, por la vulneración del bien jurídico tutelado, en función del deber positivo de cuidado. Esta vinculación al colectivo, deriva a su vez en que en delitos especiales propios, la conducta de propia mano de quien ostenta el deber especial (*intraneus*) se considera también como la conducta de quien no está afectado por este deber (*extraneus*), siempre y cuando la actuación se haya verificado como una vulneración indirecta del deber positivo.

---

<sup>137</sup> Corte Nacional de Justicia. Registro Oficial Suplemento 17. Sentencia del 5 de Julio del 2013.

La teoría de infracción del deber y el concepto de competencia abarcan a la coautoría en el delito no solo bajo actos positivos, sino que “asimismo, corresponde también a cualquier otro concurrente que se encuentra en la situación real, por el percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento la realización del tipo”<sup>138</sup>. Este dominio negativo, que hace alusión a la omisión del agente que permite la consumación del hecho delictivo (únicamente en delitos de resultado), requiere que el omitente ostente una competencia “en cuanto titular de un determinado ámbito de organización y no en cuanto titular de un status específico (no como padre, madre, policía, juez, etc.)”<sup>139</sup>. Se entiende por esto que solamente en el caso de que la conducta omisiva del agente esté sujeta a la producción del resultado se considerará al omitente como autor del delito, ya que de otro modo se estaría obligando a una persona a modificar su comportamiento normal con motivo de que otros individuos quieran aprovechar ese estado para cometer un acto delictivo. Es posible también que el estado o comportamiento de una persona, en razón de un manejo de ciertos objetos o conductas peligrosas predisponga o provoque una conducta criminal de otro y es ahí donde esta debe ser modificada y de no serlo, se lo considerará como un agente con un dominio omisivo del hecho. Sin embargo el punto clave no está en evaluar el momento en que el omitente debió actuar, sino el elemento que lo vincula a la comisión del ilícito del colectivo, “aunque el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere solo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho”<sup>140</sup>. Si la vinculación hace mención a la permisión de uso de un elemento para el cometimiento del delito, esta es equiparable al uso mismo, de la misma forma que si se trata de una omisión de alerta, esta será asemejada a la

---

<sup>138</sup> Maurach, II, p.47. Citado en Enrique Cury. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 223.

<sup>139</sup> Günther Jakobs. *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Teoría y Praxis de la Injerencia. El Ocaso del Dominio del Hecho. Óp. cit.*, p. 105.

<sup>140</sup> Santiago Mir Puig. “La Autoría”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. Óp. cit.*, p. 138.

eliminación de las prevenciones de la víctima y “cuando se junten varios elementos, la configuración en algún momento pasa a ser determinante y entonces concurre coautoría por omisión”<sup>141</sup>. El tema está en determinar a la persona que dentro del colectivo le concierne o corresponde que las distintas acciones o comportamientos no terminen en un hecho criminal. Si en la doctrina se admite la posibilidad de una combinación entre actuaciones de carácter positivo o activo con actuaciones pasivas y complementamos al dominio del hecho con los criterios de competencia y la teoría de la infracción de deber anteriormente mencionadas, se abrirá un campo en el que se permita la imputación en los delitos a través de aparatos organizados de poder mencionados anteriormente, donde esta competencia y dominio recaerá no en quien ejecute de forma física el delito, sino en el o los individuos que en función de una posición jerárquicamente superior han ordenado este hecho criminal.

Sobre la autoría mediata en los delitos de deber vale la pena perfilar algunas ideas importantes, como es la característica del empleo de engaño o coacción sobre un instrumento, lo cual nos lleva a que no es el dominio sobre el acto ejecutado por el instrumento, sino “la competencia por lo hecho por el instrumento”<sup>142</sup> lo que lleva a la imputación del hombre de atrás. Esta competencia deriva del accionar del hombre de atrás, que influye directamente en el comportamiento del instrumento, en razón de haber organizado la condición de instrumento del mismo o en razón de una conducta específica por su deber de tutela y protección de individuos que lo requieren, como niños o enfermos mentales, lo cual resulta decisivo para que el instrumento (el cual actúa sin dolo) sea el que ejecute un hecho lesivo.

---

<sup>141</sup> Günther Jakobs. *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Teoría y Praxis de la Injerencia. El Ocaso del Dominio del Hecho. Óp. cit.*, p. 107.

<sup>142</sup> *Id.*, p. 109.

A partir del criterio de la competencia que hemos desarrollado en este capítulo, la ciencia penal moderna contempla de forma indirecta a la imputación de un individuo que siendo apoderado o representante de otra persona natural o jurídica, aun cuando no reúna las cualidades o condiciones inherentes al tipo penal, bajo la lógica de que estas condiciones o cualidades sí concurren en el individuo o persona jurídica que representa. El fundamento de la creación de esta figura de imputación, tiene que ver con un criterio ontológico, debido a que es esencial la atribución de responsabilidad de un apoderado o representante en un delito, que por no reunir las características del tipo, en caso de la comisión de un ilícito, no podría ser sancionado y quedaría impune. Esta figura ya ha sido introducida en la codificación penal en varios países y podemos encontrar un ejemplo de su aplicación en una sentencia de Audiencia Nacional en España, donde se aplica esta figura en un delito de defraudación tributaria para sancionar a dos individuos, lo que

da lugar a su responsabilidad penal por la defraudación tributaria en la que incurrió dicha mercantil, dado que actuaban como administradores de facto puesto que estaban al frente del departamento comercial y financiero, por ello han de ser tenidos por contribuyentes, en tanto que obligados a reintegrar la deuda tributaria de Verbatim España<sup>143</sup>

Debemos destacar que no es necesario que el mandato sea eficaz jurídicamente, sino que un mero ejercicio fáctico, conjuntamente con la legitimidad de una persona para delegar lo que deriva en esta forma de imputación. Si bien en el Ecuador la figura de imputación directa del apoderado no existe como tal, existe un acercamiento bastante similar conforme a lo establecido por el legislador en el capítulo de responsabilidad de personas jurídicas, en el cual paralelamente a la sanción de la persona jurídica, se deja un espacio para responsabilidad civil y penal que corresponda para la persona natural que actúe ya sea en calidad de apoderado, representante, operador, o tercero que contractualmente o no esté involucrado en la gestión de dicha institución. Es necesario

---

<sup>143</sup> Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Madrid. Sentencia del 6 de marzo de 2015. No. 6/2015

mencionar también que la imputación de la persona jurídica será únicamente posible, en tanto el delito haya sido cometido en su beneficio o de sus asociados, por lo que en caso de ser únicamente cometido en beneficio de la persona natural que comete el delito, la persona jurídica no tendrá involucramiento alguno y se imputará exclusivamente al autor ejecutor, adecuando su conducta al tipo penal que corresponda.

Habiendo establecido los criterios y parámetros de la teoría del dominio del hecho y su compatibilidad con las distintas figuras contempladas en la participación criminal, es preciso referirnos ahora a uno de los temas de mayor controversia dentro de la doctrina penal, que es la relación entre la participación criminal y los delitos culposos o imprudentes, tema en el que la doctrina se ha dividido en base a dos posiciones. La doctrina española considera por un lado que la diferenciación entre autores y partícipes en delitos culposos bajo la teoría del dominio del hecho es necesaria, considerando el grado y tipo de aporte que realiza cada uno en el hecho criminal. Esta postura mantiene que a pesar de la necesidad de una actuación dolosa requerida para el dominio del hecho, es posible su aplicación en delitos culposos conforme al criterio del dominio objetivo y positivo del hecho, el cual significa que “el sujeto está en tales condiciones que si obrara dolosamente, decidiría con su actuación la producción (y el cuándo y el cómo) del resultado”<sup>144</sup>. El fundamento está en que aun sin la existencia del dolo, la conducta delimita y traza la línea del curso de ejecución del hecho, en cuanto al sí y al como del mismo. Por tanto “si la autoría equivale a la realización objetiva del tipo (en principio de la Parte Especial), su concepto no puede ser distinto en los hechos dolosos y en los imprudentes, pues ambos requieren la realización del mismo hecho objetivo”<sup>145</sup>. No obstante, la postura española es

---

<sup>144</sup> Cfr. Luzón Peña. Daniel Domínguez Henain. “Participación en el Hecho Culposo y Participación Culposa”. *Revista de Derecho Penal* (2008), p. 203.

<sup>145</sup> Santiago Mir Puig. “La Autoría”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General. Óp. cit.*, p. 142.

ciertamente criticable, en función de este empleo de la teoría del dominio del hecho con la abstracción del dolo como requisito, por lo que desde un punto de vista práctico su aplicación tampoco parece ser la más adecuada.

La doctrina alemana mantiene una postura distinta, la cual ratifica y resalta la importancia del dolo, como factor fundamental en la convergencia de voluntades para el concurso de personas en el delito, considerando que en base a la teoría del dominio del hecho “se puede actuar con dolo sin dominar el hecho, pero no hay dominio del hecho si no se actúa dolosamente”<sup>146</sup>. En virtud de esto la doctrina alemana sostiene que el dominio del hecho es únicamente posible en delitos dolosos, mientras que para delitos culposos o imprudentes, en los que la falta de dolo del agente es clara, se debe aplicar una teoría extensiva de autoría, es decir de un concepto unitario de autor, que no permita una distinción entre autores y partícipes. El argumento a favor de esta teoría es en esencia que la estructura de los tipos penales de delitos culposos no admiten una distinción entre autores y partícipes, en virtud de que “todo aquel que con su comportamiento infractor de elementales deberes de cuidado causa el resultado típico, estaría captado ya por el respectivo tipo penal imprudente”<sup>147</sup>, razonamiento con el que concuerdo totalmente. Este sector de la doctrina considera que la participación en el delito culposo no es viable jurídicamente, por lo que sostiene que estos casos deben ser englobados directamente bajo el concepto de la autoría culposa. Considero prudente en virtud del análisis dogmático realizado, concluir el estudio de esta teoría con un comentario, el cual por cierto comparto, que sostiene que la teoría del dominio del hecho

es una sana apelación a un sustento óntico, pero que su relevancia típica está siempre más o menos complementada por el legislador, por lo que, necesariamente, el dominio del hecho es

---

<sup>146</sup> Daniel Domínguez Henain. “Participación en el Hecho Culposo y Participación Culposa”. *Revista de Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 202

<sup>147</sup> Id, p. 198.

una solución al problema de la delimitación conceptual de la autoría respecto de la participación, que reconoce una base óptica, pero que opera- como no puede ser de otra manera- a nivel de la tipicidad<sup>148</sup>.

### 3.3 Principios aplicables

Previo a adentrarnos en el estudio de los principios que dan soporte a la teoría de la participación criminal, es preciso referirnos a aquellos principios constitucionales, cuya aplicación y observancia es obligatoria e imperativa en el curso de cualquier tipo de procedimiento penal. La Constitución del Ecuador garantiza entre otros derechos fundamentales, el derecho a la seguridad jurídica, dentro de los catalogados derechos de protección de los individuos. Este derecho y principio, implica un profundo respeto hacia la normativa constitucional, así como también “la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes”<sup>149</sup>, exigencia relacionada con el derecho al debido proceso y sus derivadas garantías básicas. Explica Cabanellas, que la seguridad jurídica es

la estabilidad de las instituciones y la vigencia autentica de la ley, con respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por garce el Estado de Derecho.<sup>150</sup>

En materia penal es indudable que más allá de otros de elementos inherentes al derecho a la seguridad jurídica, la condición de claridad de la norma penal es primordial para garantizar una adecuada aplicación práctica de la misma y una suficiente previsibilidad de

<sup>148</sup> Carlos Tozzini. *El Dominio Final de la Acción en la Autoría y la Participación*. RDP y C, 1968, p. 80. Citado en Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2006, p. 309.

<sup>149</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 82. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.

<sup>150</sup> Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VII. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989, p. 329.

la norma para los ciudadanos y consecuentemente para el desarrollo de un debido proceso, caso contrario, la existencia de normas oscuras y equívocas dificultan su aplicabilidad y abren la puerta a interpretaciones que van más allá de la voluntad objetiva de la ley y del espíritu del legislador, pasando a un criterio dominado por la subjetividad de la autoridad judicial. En lo que a la participación criminal se refiere, la existencia de normas claras que permitan diferenciar e individualizar a los autores y demás partícipes en el hecho delictivo es vital, para así posibilitar a los administrados prever las sanciones y penas relacionadas con una conducta delictiva específica, que sea acorde a la colaboración efectivamente prestada en el delito final. Esta relación entre la infracción y la sanción penal, corresponde al principio de proporcionalidad, consagrado por la Constitución del Ecuador en el Art. 76<sup>151</sup>, relativo a las garantías del debido proceso, el cual garantiza a los autores y partícipes en un hecho delictivo, a ser sancionados únicamente por la conducta que han prestado en delito y no por otra distinto.

Debemos de la misma forma mencionar aquellos principios jurídicos en los que se sustenta la teoría de la participación, los cuales ponen las bases para la aplicación de esta institución jurídica. En este sentido destacan cuatro principios, los cuales bajo ningún motivo excluyen a otros principios del derecho, sino que son aquellos que mayor relación y soporte dan al concurso de personas en el hecho delictivo. En primer lugar está el principio de accesoriidad, que es en realidad el que da un sentido concreto a la teoría de la participación criminal. Este principio apela a que, en función de una extensión de la punibilidad, se incluyen para sancionar penalmente a “conductas que no consisten en la ejecución misma de la acción típica, pero cuya punibilidad está subordinada a que alguien realmente la ejecute, aunque sea en grado de tentativa”<sup>152</sup>. Este es en esencia el

---

<sup>151</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 82. *Óp. cit.*

<sup>152</sup> Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 80.

fundamento por el que se sanciona bajo una misma figura delictiva tanto al autor, como a quienes actúan con la intención de complementar y facilitar la conducta delictiva del autor (partícipes), actuaciones supeditadas a la exteriorización de acciones del autor, ya sea en el grado de tentativa o de consumación del delito, por lo que en caso de no poder determinarse al autor del delito, la imputación de los partícipes no podrá darse bajo ningún motivo. El debate se origina en torno a que a si la conducta de ejecución además de ser típica y antijurídica debe ser culpable para que el partícipe sea sancionado. La postura de la accesoriadad máxima sostiene que la conducta del ejecutor debe ser culpable para la punibilidad del partícipe, lo cual evidentemente imposibilita la sanción del autor mediato. La accesoriadad limitada o media, predominante en varias legislaciones y en la dogmática penal moderna, arguye por otro lado que el hecho criminal debe ser típico y antijurídico, sin que tenga relevancia la culpabilidad del ejecutor; Soler explica en este sentido que primero “la participación es accesoria de un hecho principal ajeno, pero esto no hace a uno cargar con las culpas del otro; segunda, si la participación no es accesoria de la culpa sino del hecho, a nadie ampara la inculpabilidad ajena”<sup>153</sup>. Con esto se impide el favorecimiento del hombre de atrás en el caso de la autoría mediata y se permite su imputación penal, a pesar de verse el autor ejecutor como un sujeto inimputable frente a la ley, razón por la cual nos adherimos a esta teoría.

El principio de exterioridad o ejecutividad hace alusión a la necesidad de que para que la conducta de los partícipes sea punible, el autor debe haber al menos dado inicio a la ejecución del ilícito. Si el autor ha al menos iniciado pero no consumado el delito, la ejecución se castigará a los partícipes bajo participación en tentativa, mientras que en caso de haberse ya consumado el hecho delictivo se sancionará al partícipe de acuerdo a las

---

<sup>153</sup> Sebastián Soler. *Derecho Penal. Tomo II.*, p 266. Citado en Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal Fundamental. Óp. cit.*, p. 416.

reglas de la participación. Debemos esclarecer en este punto que en la coautoría, por su característica de repartición de trabajo de forma paralela, se precisará únicamente de que uno de los coautores de inicio a actos ejecutivos para que los demás coautores sean sancionados de igual manera. Similar situación se da en el supuesto de instigación, donde la conducta de instigar no es en sí misma punible, mientras el ejecutor no haya dado principio a la ejecución, por lo que en este caso estaríamos frente a una instigación fallida, lo cual al no adecuarse a los requisitos de instigación, no es objeto de un proceso penal.

La comunicabilidad de las circunstancias es el tercer principio relacionado con la participación criminal, y es quizás “el principio más explicativo del aserto de que la participación criminal importa ampliar el magisterio punitivo”<sup>154</sup>. Este principio se manifiesta bajo la posibilidad de que en un delito en el que concurren varios individuos, determinadas circunstancias particulares afecten a alguno de los partícipes y no a los demás, lo cual tiene una incidencia fundamental en cuanto estas circunstancias puedan ser atenuantes o agravantes para la pena. La pregunta que se ha hecho la doctrina es si ¿deben comunicarse estas circunstancias a todos los partícipes o si deben afectar únicamente al individuo en el que concurren?, entendiéndose que consideradas individualmente, las mismas incidirían directamente en la penalidad individual por el hecho. Para esto debemos diferenciar a las circunstancias personales y a las materiales o reales. Las circunstancias personales son aquellas que afectan a la persona y no al hecho, “y pueden radicar en la posición moral (premeditación), en las relaciones particulares con el ofendido (pariente, empleado público) o en otra causa personal (reincidencia, irreprochable conducta anterior)”<sup>155</sup>. Sobre este tipo de circunstancias la postura mayoritaria en la doctrina penal manifiesta que las circunstancias personales, ya sean agravantes o atenuantes, jamás se

---

<sup>154</sup> José Argibay *et al.* *Derecho Penal. Parte General I. Óp. cit.*, p. 355.

<sup>155</sup> Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 82.

comunicarán entre los copartícipes, sino que afectarán únicamente a quien las ostente. Por otro lado las circunstancias materiales o reales se refieren a aquellas circunstancias relacionadas directamente con el cometimiento o ejecución material del hecho o los medios utilizados para su perpetración. Se comunicarán en este caso “para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o de cooperación para perpetrar el delito”<sup>156</sup>, siendo incommunicables las circunstancias para aquellos que hubieren desconocido de la misma al momento de prestar su aporte al ilícito. Sobre este principio es necesario hacer una mención, en relación a que antes de entrar al análisis de las circunstancias y su comunicabilidad entre los copartícipes, se debe diferenciar y evitar confundir entre circunstancias y elementos del tipo penal, siendo las segundas, aquellas que por constar expresamente en la descripción normativa y requeridas para la configuración del tipo, no son objeto de análisis alguno en cuanto a comunicabilidad.

El último principio relacionado con la teoría de la participación criminal es el principio de convergencia, el cual sostiene que para la existencia de un concurso de personas en el delito “todas las personas que concurren al delito tienen que obrar con la misma finalidad, a saber: dolo consumativo, el cual cobija no solo la acción sino igualmente el resultado”<sup>157</sup>. Se habla en la dogmática de la presencia de una coincidencia de fines e intencionalidad para la comisión conjunta de un hecho delictivo, la cual se puede dar de forma tácita o expresa, donde el elemento esencial es el dolo común de los involucrados, aunque sin embargo es indispensable, además de la coincidencia subjetiva de voluntades, un concurso objetivo sobre los hechos, para que sea posible la configuración de la teoría de participación criminal, ya que verificándose solamente uno de estos elementos la

---

<sup>156</sup> Luis Jiménez de Asúa. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen 7. México DF: Oxford University Press México, 1999, p. 341.

<sup>157</sup> Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal Fundamental*. *Óp. cit.*, p. 40.

vinculación de los involucrados no será posible jurídicamente. Es en virtud de este principio, concordante con la teoría del dominio del hecho, que se excluyen de la teoría de la participación criminal a la concurrencia de personas en delitos culposos o imprudentes, justamente por la falta de dolo que caracteriza a este tipo de ilícitos. Debemos mencionar que la presencia de un dolo eventual es un elemento suficiente para verificar el concurso de voluntades, mientras que en el caso de una convergencia parcial de voluntades “debe considerarse a todos copartícipes en aquello que se realizó y para lo cual existió concierto o acuerdo de voluntades”<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 79.

## CAPÍTULO 4

### ANÁLISIS DE LEGISLACION PENAL NACIONAL Y LEGISLACION COMPARADA

Hemos analizado en este punto a la teoría de la participación criminal tanto en el contexto histórico, es decir la forma en que el legislador ecuatoriano se ha referido a la misma en las distintas codificaciones y la evolución que han sufrido los preceptos normativos en la materia, como también en un contexto estrictamente dogmático, donde analizamos los postulados de la doctrina y las distintas corrientes de pensamiento penal relacionadas, lo cual nos lleva a un último paso en nuestro estudio, que es el análisis de la normativa penal, tanto en el Código Orgánico Integral Penal, como en la legislación comparada, con el objetivo de comprender el tratamiento que se ha dado a la autoría y la participación criminal en estos sistemas jurídicos y de esta forma ubicar las coincidencias o divergencias existentes con nuestro ordenamiento penal. Siendo la ley la principal fuente del derecho, es para nosotros esencial para nuestro estudio, realizar este análisis y comparativa de la normativa penal ecuatoriana, con legislación comparada, lo cual además de ser una herramienta extremadamente útil para formar un criterio jurídico, “nos permite darnos cuenta en qué situación se encuentra nuestro derecho nacional, y de esta manera permitirnos mejorarlo y desarrollarlo en armonización con otros derechos extranjeros”<sup>159</sup>. Trataremos en específico con la legislación penal alemana, española y argentina por ser todos estos países referentes en la producción literaria penal, así como también con la legislación colombiana, que por su cercanía al Ecuador, enfrenta una realidad político-criminal considerablemente similar.

---

<sup>159</sup> Milushka Rojas. *Importancia del Derecho Comparado en el Siglo XXI*. [http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo\\_de\\_Investigacion\\_Juridica.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo_de_Investigacion_Juridica.pdf) (acceso: 11/05/2015).

#### **4.1 Análisis de legislación penal nacional (Código Orgánico Integral Penal)**

El Código Orgánico Integral Penal ha evidenciado ser una codificación de una índole represiva, lo cual se manifiesta en su redacción y a través de una serie de nuevos tipos penales introducidos por el mismo. Si bien esta normativa ha demostrado una intención del legislador ecuatoriano de adecuar al ordenamiento penal ecuatoriano a las tendencias de la ciencia penal moderna, este código no permite identificar una tendencia dogmática clara, sino que más bien representa una mezcla de distintas escuelas de pensamiento penal, siendo la que más sobresale la escuela finalista, para la cual la problemática en esta rama del derecho reside en “la intención del autor, la finalidad (que da su nombre a la escuela) perseguida por la persona que realiza la acción delictiva y como dirige su conducta hacia ese objetivo”<sup>160</sup>.

En materia de participación criminal, el COIP ha mantenido parte de los conceptos del Código Penal de 1971, introduciendo varias figuras y elementos normativos novedosos, que requieren de un examen profundo que permita comprender la realidad actual de este ordenamiento jurídico en el Ecuador.

El COIP hace referencia a la concurrencia de personas en el delito en el Capítulo Tercero, bajo el título de Participación, donde en primera instancia el artículo 41 hace una precisión de la que parte el esquema de la participación, la cual establece que las únicas formas posibles de concurrir en un ilícito son bajo autoría o complicidad. Esta precisión refleja por un lado la decisión del legislador de incluir a la instigación como una forma de autoría, mientras que por otro concretiza quizás uno de los cambios de mayor incidencia en

---

<sup>160</sup> Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Óp. cit., p. 64.

la materia, que es la exclusión del encubrimiento como una forma de participación criminal y su correspondiente autonomía como tipo penal, lo cual responde a la clara incompatibilidad de ambos conceptos a nivel doctrinario y práctico. Hemos mencionado como esta figura ha sido adoptada desde hace algún tiempo en la ciencia penal, lo cual como veremos más adelante, se ve también reflejado en el derecho comparado.

El artículo 41, además de la especificación anteriormente mencionada sobre las formas de concurrir en un hecho criminal, se refiere a la comunicabilidad de circunstancias agravantes y atenuantes en el hecho criminal. Se dispone en el inciso segundo de este artículo que “las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal”<sup>161</sup>. La redacción de la norma no hace referencia ni permite hacer una distinción entre circunstancias personales y circunstancias materiales o inherentes a la materialización del hecho, para evaluar si son o no comunicables entre los partícipes, ya que mantiene una rotunda incomunicabilidad de circunstancias que en nada concuerda con las tendencias mayoritarias de la doctrina penal moderna. Hemos mencionado, como la literatura penal mantiene la incomunicabilidad de circunstancias personales, contrario a lo que ocurre en relación a las circunstancias materiales en el delito, para las cuales la postura mayoritaria sostiene que debe contemplarse una comunicabilidad para los concurrentes que conocieren de ellas al momento de ejecutar su actuación. Esto permite aplicar agravantes o atenuantes a los partícipes que con conocimiento por ejemplo de la alevosía o nocturnidad de la conducta del autor, contribuyeren de todas formas a la comisión del ilícito.

---

<sup>161</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 41. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

El artículo 42 se enfoca en la autoría y propone mediante una enumeración las distintas modalidades en las que un individuo responderá como autor de un delito. Para esto se menciona en primer lugar a la autoría directa, dentro de la cual están considerados el ejecutor inmediato del delito, así como el concepto de la omisión de una actuación para evitar la producción de un resultado lesivo. Ambos conceptos mantienen los postulados del Código Penal precedente en nuestra legislación, sin que existan mayores modificaciones al respecto. La segunda modalidad de autoría enunciada por este artículo es la figura de la autoría mediata, un concepto novedoso para la normativa penal ecuatoriana en relación a codificaciones anteriores que no contemplaban su existencia, la cual ha sido desglosada por el legislador en cuatro distintas formas. Se contempla en esta clasificación en primer lugar a la figura de la instigación, cuando se demuestre que esta inducción ha sido determinante para la comisión del hecho delictivo. Debemos precisar que si bien la instigación es una figura a la cual se ha dado una equiparación punitiva con relación a la autoría, esta es conceptualmente distinta a la autoría mediata por sus diferentes características y elementos, por lo que su inclusión en esta clasificación, además de estar errada, incita a una aplicación equívoca de la norma por parte del juez, considerando que en el caso de una instigación la sanción penal debe recaer tanto para el instigador como para el autor ejecutor del delito, mientras que en el caso de una autoría mediata en sí misma la sanción recaerá únicamente en el autor mediato, mientras que el ejecutor, por su calidad de instrumento que actúa influenciado por un elemento externo, no será susceptible de sanción alguna. Esta consideración cobra especial importancia al momento en que por medio de esta redacción de la norma se sancione como autor a un instrumento que actúa bajo error, coacción o una causal de justificación, etc., siendo que su voluntad jamás estuvo direccionada a lesionar el bien jurídico protegido.

Se ha considerado como una segunda modalidad de autoría mediata a quienes valiéndose de otras personas, imputables o no, ordenan la comisión de un hecho delictivo a través de “precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto”<sup>162</sup>. Es posible notar, como bajo esta redacción el legislador pretende incluir bajo la figura de autoría mediata a la antiguamente llamada autoría intelectual, donde nuevamente al considerarse al a quienes ordenan el cometimiento del hecho delictivo a través de un instrumento imputable, que actúa con conocimiento y voluntad, se contraría justamente a la principal característica de la autoría mediata, que es la actuación no dolosa del instrumento, el cual está afectado por un factor externo que influye en el elemento volitivo, con lo cual el legislador desnaturaliza a esta forma de autoría con relación a sus características propias.

La tercera forma contemplada en este cuerpo normativo para incurrir en autoría mediata es para quienes “por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción”<sup>163</sup>, aun cuando esta fuerza no se pueda considerar como irresistible. Este supuesto, a diferencia de los anteriores, es justamente el fundamento dogmático y caso prototipo de la autoría mediata, el cual toma en consideración la falta de dolo y la incidencia de un factor en la esfera volitiva del instrumento, para establecer la inimputabilidad del instrumento y la consecuente sanción del agente que actúa desde atrás, por lo que su inclusión en este precepto es a mi criterio correcta.

Finalmente el COIP considera autores mediatos a quienes “ejercen un poder de mando en la organización delictiva”<sup>164</sup>. En esencia, una imputación como autor mediato de alguien

---

<sup>162</sup> Código Orgánico Integral Penal. *Óp. cit.*, Artículo 42.

<sup>163</sup> Código Orgánico Integral Penal. *Óp. cit.*, Artículo 42.

<sup>164</sup> *Ibíd.*

que mediante una posición jerárquica superior a otro dentro de una organización estructurada verticalmente, ordena la comisión de un ilícito, no responde a las características y elementos de esta forma autoría; sin embargo como mencionamos en el capítulo anterior en nuestro estudio, al no haber logrado la doctrina encontrar una solución para este fenómeno delictivo, ya sea por el lado de la coautoría o de la instigación, su inclusión surge como una opción jurídicamente viable, siendo asimilada como una autoría mediata con características particulares, en virtud del criterio de la obediencia debida que se encuentra en este tipo de situaciones, las cuales se podrían considerar como una forma de incidir directamente en la voluntad del ejecutor o coaccionarlo y “de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles”<sup>165</sup>. Claramente este numeral contemplado en el COIP deriva y se fundamenta en esta tendencia dogmática y en su intención de acoplar a la normativa a las tendencias del derecho penal moderno.

La tercera modalidad de autoría está relacionada con el concepto de coautoría, es decir para quienes “coadyuven en la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción”<sup>166</sup>. Este precepto contiene una descripción bastante completa y adecúa sus postulados a lo establecido en la doctrina, sin que existan mayores modificaciones al respecto.

El artículo 43 del COIP corresponde a la complicidad, norma en la que se sanciona a quienes “en forma dolosa, faciliten o cooperen en actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin estos actos, la infracción se habría cometido”<sup>167</sup>. Sobre este primer inciso debemos mencionar que en

---

<sup>165</sup> Enrique García Vitor. “La Tesis del Dominio del Hecho a Través de los Aparatos Organizados de Poder”. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Óp. cit.*, p. 329.

<sup>166</sup> Código Orgánico Integral Penal. *Óp. cit.*, Artículo 42.

<sup>167</sup> Código Orgánico Integral Penal. *Óp. cit.*, Artículo 43.

comparación con el Código Penal Ecuatoriano, cuerpo normativo predecesor al COIP, la novedad consiste en la inclusión de la consideración de que sin esta actuación igualmente se podía cometer el hecho, es decir una valoración hipotética que deberá realizar el juez. Nuevamente, al igual que lo que ocurre en el precepto de coautoría, el problema recae en la determinación de la necesidad o complementariedad de la acción, lo cual evidentemente no puede establecerse mediante una imposición normativa, sino que corresponde a una aplicación o inclinación doctrinaria por parte del juez al momento de aplicar la norma y motivar el fallo. Se menciona en este mismo artículo la imposibilidad de contemplar una complicidad en delitos culposos, lo cual responde al enfoque finalista y sobre todo al de la teoría del dominio del hecho predominante en esta codificación, en la cual la voluntad inequívoca del agente hacia la comisión del ilícito tiene una importancia fundamental en la determinación de responsabilidades, por lo que una participación culposa evidentemente iría en contra de esta lógica y el fundamento de esta corriente de pensamiento penal. Ante el supuesto en que un cómplice ha colaborado con la intención de favorecer al autor en un delito menos grave del que finalmente se ejecuta, el COIP mantiene la postura del antiguo Código Penal, sancionando al cómplice por el delito que pretendió favorecer en primera instancia, postura que se adecúa a la tendencia mayoritaria en la doctrina penal para este tipo de situaciones. La punibilidad para los cómplices se ha estipulado entre la mitad y un tercio de la pena correspondiente al autor.

El cambio que mayor incidencia tiene en cuanto al concurso de personas en el delito, introducido por el legislador en el Código Orgánico Integral Penal, es la separación y autonomía que se le da al delito de encubrimiento, con relación a la antigua normativa que lo consideraba como una forma más de participación criminal. El concepto de encubrimiento representa una figura distinta e incompatible con el concurso de personas en el delito, por los motivos que hemos mencionado anteriormente y por lo que la tendencia

en la dogmática penal ha sido desde hace varios años separarla de la participación y otorgarle autonomía, con una consecuente sanción propia. El COIP, adoptando finalmente esta postura de la ciencia penal moderna, ha introducido un nuevo tipo penal para sancionar a esta figura, englobado dentro de los delitos que atentan contra la tutela judicial efectiva, delito denominado como “Fraude Procesal”. Tipificado en el artículo 272, este delito sanciona a quienes “con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante el, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas”<sup>168</sup>, con una pena de prisión de uno a tres años. La norma establece que tendrán la misma pena quienes con conocimiento de la perpetración de un hecho ilícito previo, intenten beneficiar a sus ejecutores proporcionándoles escondite, ocultando o inutilizando pruebas o lugares, y a quienes en razón de su oficio oculten la verdad sobre los hechos ocurridos en el ilícito. Este alejamiento del encubrimiento de la participación criminal, para ser planteado como una figura autónoma tiene una incidencia superlativa en el derecho penal, dejando finalmente de lado a la accesoriedad con el ilícito principal, incompatible desde un punto de vista teórico. No obstante, considero que esta necesidad teórica de separar al encubrimiento de la participación criminal y considerar a esta conducta como un delito autónomo puede generar problemas en la aplicación práctica en el Ecuador, en el supuesto en que la conducta del encubridor se enfoque en beneficiar a los perpetradores de un ilícito previo. Bajo la redacción del tipo penal de Fraude Procesal, para dar paso a una imputación del encubridor es necesario que la conducta del o los encubiertos sea efectivamente una conducta delictiva, por lo que se entendería que para poder incriminar al encubridor se requerirá una prejudicialidad con la que se verifique la perpetración de un hecho criminal previo y es aquí donde personalmente considero que la aplicación de este tipo penal puede

---

<sup>168</sup> Código Orgánico Integral Penal. *Óp. cit.*, Artículo 272.

presentar ciertos impedimentos. Al ser el proceso penal uno de los procesos que mayor complejidad conlleva en el derecho, es frecuente que su duración sea bastante extensa, desde el comienzo de la acción hasta llegar a un pronunciamiento por parte de un juez mediante una sentencia, es decir hasta llegar a su agotamiento. Dicho esto, no es inusual que este tipo de procesos tomen varios años, ya sea por falta de pruebas, falta de comparecencia de los imputados, etc. Al establecer el artículo 417, referente a la prescripción del ejercicio de la acción penal, que el plazo para el ejercicio público de la acción prescribe “en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido”<sup>169</sup>, siendo que en ningún caso prescribirá en menos de 5 años, es probable que al momento en que el sistema de justicia pretenda iniciar un proceso en contra del encubridor, existiendo ya una sentencia ejecutoriada previa para los delincuentes encubiertos, el plazo de 5 años ya haya prescrito, por lo cual será imposible procesar al encubridor por su actuación y teniendo esto como única consecuencia la impunidad de estos delincuentes. Evidentemente esta es una problemática compleja para la administración de justicia, la cual se evidenciará y evaluará únicamente en el análisis de la casuística y la aplicación práctica de la normativa.

## **4.2 Análisis de legislación penal comparada**

Una vez que hemos desglosado y analizado el tratamiento dado en la legislación ecuatoriana a la participación criminal y sus componentes, es oportuno para nuestro estudio cotejar nuestra normativa con legislación comparada, de aquellos países considerados referentes en materia jurídico-penal, considerando su modernidad y constante aplicación de la doctrina especializada, en la redacción normativas, siendo estos Argentina,

---

<sup>169</sup> Código Orgánico Integral Penal. *Óp. cit.*, Artículo 417.

Alemania y España. Así también, analizaremos la participación criminal en el Código Penal colombiano, país que por su cercanía y similitud social y cultural al Ecuador, exhibe una realidad político-criminal semejante a la nuestra.

#### **4.2.1 Legislación argentina**

La legislación argentina, en el Código Penal expedido en 1985, se refiere a la participación criminal en el Título VII bajo el enunciado de Participación Criminal, para lo cual establece que serán autores quienes tomen parte en la ejecución del hecho o presten al o los autores una colaboración sin la cual este no se hubiera podido cometer. De la misma forma esta normativa establece que “en la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”<sup>170</sup>, dando lugar a la equiparación punitiva de la instigación a la que tanto se ha referido la doctrina penal. Es necesario precisar que si bien la normativa argentina ya considera a la determinación a otro para cometer delitos en el supuesto de autoría, se refiere a la instigación pública en el artículo 209, dentro de los Delitos contra el Orden Publico, para lo cual da una autonomía normativa y consecuentemente un tipo penal específico para quien “públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución”<sup>171</sup>. Por tanto, la sola instigación, sin la necesidad de la producción de un resultado lesivo, está sancionada en esta normativa con una pena de prisión de dos a seis años conforme a la gravedad del delito incitado.

En lo que se refiere a la complicidad, el artículo 46 involucra a quienes presten cualquier otro tipo de colaboración en el delito, así como a “los que presten una ayuda

---

<sup>170</sup> Código Penal (Argentina). Artículo 45. 16 de enero de 1985.

<sup>171</sup> Código Penal (Argentina). *Óp. cit.* Artículo 209.

posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo”<sup>172</sup>. Esta inclusión permite sancionar a quienes realizando una actuación *ex post* y sin ser encubridores, se ven involucrados desde el momento de la planeación y ejecución del delito conjuntamente con los demás partícipes, figura a la cual se sanciona con la pena correspondiente al tipo penal disminuida de un tercio a la mitad. De forma similar a lo que ocurre en la normativa del COIP, el Código Penal argentino sanciona en el caso en que el cómplice quiso colaborar en un delito menos grave al que finalmente se consumó, de acuerdo al delito que se pretendió favorecer, así como también especifica que la pena en caso de que el delito no se ejecute se ajustará de acuerdo a las normas relativas a la tentativa.

La comunicabilidad de las circunstancias es al igual que en el Ecuador tratada a través de una norma específica (Art. 48), donde sin embargo existe una diferencia fundamental. La norma argentina establece que las relaciones, circunstancias o calidades personales que atenúen o extingan la pena afectaran únicamente al individuo en quien concurran. La divergencia recae en que además, el legislador agrega que “tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe”<sup>173</sup>. Esta precisión tiene un valor esencial en cuanto en la participación criminal, que como hemos revisado permite la comunicabilidad de circunstancias materiales o inherentes al hecho, siempre y cuando exista un conocimiento previo por parte de los partícipes en quienes estas circunstancias o calidades no concurren.

Finalmente el Código argentino descarta la posibilidad de una participación en delitos cometidos por medios de prensa, para quienes prestan al autor del escrito medios para su publicación, difusión o venta, supuestos que en función de nuestro análisis no es prudente profundizar.

---

<sup>172</sup> Código Penal (Argentina). *Óp. cit.* Artículo 48.

<sup>173</sup> Código Penal (Argentina). *Óp. cit.* Artículo 48.

Es necesario mencionar que el Código Penal Argentino adoptó al momento de su codificación la posición de considerar al encubrimiento como una forma ajena a la participación criminal, es decir como un delito autónomo que afecta primordialmente al buen desenvolvimiento de la administración de justicia, para lo cual el artículo 277 establece una pena de prisión de 3 a 6 años a este delito, considerando en esencia a las mismas conductas contempladas en el COIP.

#### **4.2.2 Legislación española**

La segunda legislación a analizar es la española, la cual contempla en el Título Segundo del Código Penal a las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas, para los cuales otorga únicamente dos posibilidades de concurrencia, que son la autoría y la complicidad. Sobre la autoría el Art. 28 estipula que “son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”<sup>174</sup>. Contempla este mismo artículo como autores, tanto a quienes incurran en la figura de instigación determinando a otra persona a la comisión de un delito, como a quienes cooperan de una forma tal en el ilícito que sin su aporte este no se hubiera podido perpetrar (cooperador necesario).

En cuanto a la complicidad, el Código Penal español se vale de lo estipulado en el Art. 28 relativo a la autoría en el delito, para hacer una suerte de exclusión, bajo la cual “son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”<sup>175</sup>, lo cual establece de forma

---

<sup>174</sup> Código Penal (España). Artículo 28. 23 de noviembre de 1995.

<sup>175</sup> Código Penal (España). *Óp. cit.* Artículo 29.

bastante clara la conducta punible de esta figura, donde la determinación del criterio para diferenciar a cómplices y coautores en el delito es dejada al arbitrio del juez.

La comunicabilidad de circunstancias es un aspecto tratado en esta legislación en un artículo específico, el cual estipula que aquellas circunstancias de carácter personal, sean estas atenuantes o agravantes, inciden en la responsabilidad únicamente de aquellos en quienes concurren, mientras que las circunstancias de carácter material afectan en la responsabilidad de aquellos individuos que conocieren de las mismas “en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”<sup>176</sup>.

Este código profundiza también en el Título Segundo en la responsabilidad penal en los delitos cometidos mediante medios de difusión magnéticos (art. 30), así como también en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Art. 31 bis), materias que en función de nuestro enfoque de estudio no es necesario profundizar. Sin embargo el Código Penal Español contiene una figura propuesta en la doctrina y literatura penal moderna, que es la responsabilidad penal del administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o de quien actúa “en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en el las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”<sup>177</sup>. Para estos supuestos en caso de imponerse una multa como sanción, el código establece la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica por el delito, figura similar a la existente en el Ecuador sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y de las personas naturales que intervienen en el hecho delictivo.

---

<sup>176</sup> *Id.* Artículo 65.

<sup>177</sup> Código Penal (España). *Óp. cit.* Artículo 31.

En cuanto a la figura del encubrimiento, la legislación española maneja un tipo penal autónomo en el Art. 451, cuyo contenido de fondo es en esencia el auxilio, ocultación y ayuda, procurando el beneficio del autor del ilícito, donde sin embargo este código establece una precisión a mi parecer de trascendental importancia. El Art. 453 de esta codificación establece que “las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena”<sup>178</sup>. Con esto la legislación cubre aquella problemática que hemos planteado en nuestro trabajo, sobre la posibilidad de que al requerirse la configuración de un delito previo para poder incurrir en un encubrimiento, se requiera una prejudicialidad sobre el delito principal para posteriormente procesar al encubridor.

### **4.2.3 Legislación alemana**

La legislación penal alemana contemplada en el *Strafgesetzbuch* (Código Criminal), es quizás el ordenamiento jurídico que mayor énfasis y profundización ha dado a la materia de la participación criminal, por la gran cantidad de doctrinarios y tratadistas alemanes que han contribuido de forma activa y sustancial en la producción literaria penal de ese país.

El Título Tercero de esta codificación está destinado específicamente a la autoría y participación, en el cual se ha hecho un análisis bastante profundo y extenso del tema, aceptándose como formas de concurrencia en el ilícito a la autoría, complicidad y la instigación. Una vez más, plasmándose la tendencia moderna del derecho penal en esta normativa, el encubrimiento es considerado como un delito autónomo y de punibilidad independiente, estipulándose el mismo en la Sección Vigésimoprimera de la normativa bajo el título de *Begünstigung und Hehlerei* (Favorecimiento y Receptación), donde el

---

<sup>178</sup> Código Penal (España). *Óp. cit.* Artículo 453.

legislador desglosa a través de varios artículos, que van desde el 257 hasta el 262, los distintos supuestos del encubrimiento, enfocados bajo una visión en la que estos son delitos que afectan a la eficacia de la administración de justicia y donde constan en general los supuestos ya mencionados y contemplados también por el COIP para esta figura.

El artículo 25 de esta codificación hace referencia a la autoría, donde se sanciona a quienes han cometido el ilícito por sí mismos o a través de otra persona. Se contempla también el supuesto de coautoría en el cual varios individuos cometen el delito de forma conjunta, en el segundo inciso del mismo artículo.

La instigación, como primera modalidad de participación, es al igual que lo que ocurre en la legislación ecuatoriana una figura a la que se le otorga una equiparación jurídica con la autoría, para efectos de punibilidad y en la cual en esta codificación se sanciona a quien dolosamente instigue a otro para la comisión de un hecho delictivo.

La segunda modalidad de participación en el Código alemán es la complicidad, estipulada en el Art. 27, la cual castiga a quien haya prestado una ayuda dolosa para el cometimiento de un hecho antijurídico y doloso. Es preciso resaltar la precisión que hace el legislador de la condición de dolo en el hecho principal, viéndose así reflejada la postura asidua a la teoría del dominio del hecho al rechazar la participación en delitos de carácter culposo, sosteniendo para este tipo de casos el concepto unitario de autor. Se ratifica también en el Art. 28 la accesoriedad de la sanción del cómplice en relación a la pena aplicada para el autor. La figura de complicidad se sujeta, en caso de falta de características especiales en el partícipe que fundamenten la punibilidad del autor, a lo establecido en el Art. 14 *Handeln für einen anderen* (actuar por otra persona), donde entre las formas de representación de una persona jurídica por ejemplo destaca la figura que hemos mencionado anteriormente y también presente en el Código penal español de la

imputación del representante o apoderado, aun cuando este no reúna aquellas características especiales y personales pero que el representado si ostente.

El Código alemán además de precisar en el artículo 29 la exclusión de su culpabilidad de la culpabilidad de otros partícipes, se refiere expresamente a la tentativa de participación (Art. 30) donde se sanciona bajo las reglas generales de la tentativa, a quien intente una instigación para cometer un delito o quien intente determinar a otro a hacerlo, así como también a quienes acepten ofrecimientos o concierten con otros para la comisión de un ilícito o su instigación. Sin embargo frente al desistimiento en una tentativa de participación el *Strafgesetzbuch* exonera de responsabilidad penal a quienes renuncien a su propósito de lesionar un bien jurídicamente tutelado, al igual que lo hace con quienes impidan el cometimiento habiendo formado parte del proyecto inicial para su ejecución. En el caso de que el ilícito se perpetrare de todas formas, suficiente argumento será la voluntad y disposición para la no comisión del ilícito, para el sobreseimiento del desistidor.

#### **4.2.4 Legislación colombiana**

Finalmente debemos comparar al COIP con la legislación colombiana, por ser esta cercana a la ecuatoriana, tanto en la realidad político criminal como en su estructura social, lo cual requiere de un enfoque similar por parte de nuestra legislación penal. El Código Penal colombiano se refiere a la concurrencia de personas en el delito en el Capítulo Único del Título Tercero, desde el artículo 29, referente a la autoría, que considera autores a quienes realicen la conducta típica por sí mismos o por intermedio de otra persona, a la cual utilizan como instrumento. La coautoría constante en el segundo inciso del mismo artículo, está caracterizada por la actuación común en la que existe una división de trabajo

entre los involucrados, donde es esencial la valoración y consideración de la importancia de ese aporte. El siguiente inciso considera también como autor a quien

Actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero si en la persona o ente colectivo representado.<sup>179</sup>

En cuanto a los partícipes el legislador colombiano ha otorgado esta calidad tanto a determinadores (instigadores) como a los cómplices en el artículo 30. Sobre la determinación se hace una extensión de la punibilidad, bajo la cual se sanciona con totalidad de la pena descrita en el tipo penal a quienes determinen a otros a la comisión de un ilícito, siguiendo la lógica de extensión de la pena imperante en la materia.

Por otro lado al cómplice, quien contribuye a la realización del hecho delictivo o presta una colaboración posterior con un acuerdo previo, es sancionado con una pena disminuida de una sexta parte a la mitad de la impuesta al autor.

En lo referente a la comunicabilidad de circunstancias entre los partícipes, encontramos una vez más un ejemplo de la necesaria distinción entre la comunicabilidad de circunstancias personales y circunstancias materiales, para las cuales el Código Penal colombiano establece que solo afectarán a los agentes en quienes concurren y las circunstancias materiales, que “se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible”<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> Código Penal (Colombia). Artículo 29. 29 de julio del 2000.

<sup>180</sup> Código Penal (Colombia). *Óp. cit.* Artículo 62.

### 4.3 Comparación

Una vez que hemos desglosado a la concurrencia de personas en el delito, tanto en la normativa del COIP como en las legislaciones de Alemania, Argentina, España y Colombia, es fundamental efectuar una comparación que nos permita encontrar aquellos puntos de cercanía o lejanía de nuestra legislación con el derecho comparado. Es extremadamente útil para nuestro estudio realizar esta comparativa, ya que de esta forma es posible contrastar y evidenciar las diferencias o similitudes en la producción normativa, en países considerados referentes en materia penal, donde la producción literaria y por tanto la doctrina, tienen una incidencia suprema en la redacción de los tipos penales, a diferencia de lo que ocurre con nuestra legislación, tal como hemos podido evidenciar en nuestro trabajo de investigación.

Si bien la normativa referente a la participación criminal en el COIP evidencia un intento por incorporar conceptos modernos de la dogmática y adecuarlos a nuestra legislación, queda claro que la redacción de estos preceptos se ha realizado de una forma precaria, reflejándose esto en normas oscuras y equívocas, confundiéndose conceptos eminentemente distintos, así como también dejando de lado algunos, que por su importancia para esta teoría deberían ser contemplados a como dé lugar.

El primer aspecto que considero necesario destacar, debido a la gran divergencia existente entre la legislación ecuatoriana y las distintas legislaciones extranjeras que a las que hemos hecho referencia es el tema de la comunicabilidad de circunstancias atenuantes y agravantes en el delito. El COIP, a diferencia de lo que ocurre en la legislación alemana, argentina, colombiana y española, sostiene que no es plausible una comunicabilidad de circunstancias atenuantes o agravantes bajo ningún aspecto. Esta incomunicabilidad total de circunstancias tal y como está planteada en el COIP, se aleja de los postulados

constantes en las legislaciones antes mencionadas y de la postura predominante de la dogmática penal, bajo la cual haciendo una distinción entre circunstancias personales y materiales, propone para estas últimas, su comunicabilidad siempre y cuando exista un conocimiento por parte de los concurrentes, previo a ejecutar sus actos de colaboración en el hecho delictivo. Considero por tanto, que esta consideración del COIP sobre la comunicabilidad de circunstancias es incorrecta, ya que contraría a la teoría de la participación criminal, así como además limita el debido proceso de imputación para los partícipes que actúan bajo circunstancias agravantes idénticas en el delito.

Entrando a los conceptos de participación criminal en sí mismos, la autoría es uno de los puntos que mayores divergencias mantiene con la legislación comparada. Si bien es cierto, el concepto de autoría en el COIP en lo relativo a la comisión directa, ya sea mediante acción u omisión del agente, así como también en la coautoría, mantienen postulados bastante claros y que muestran una concordancia con lo sostenido por la doctrina mayoritaria en la materia, distintas consideraciones se presentan al referirnos a la autoría mediata. En primer lugar debemos hacer alusión al tratamiento que hemos visto se da en otras legislaciones al concepto de la instigación, el cual representa una figura eminentemente distinta a la autoría mediata, a pesar de atribuírsele al inductor la totalidad de la pena en función del criterio de extensión punitiva y al utilizar el autor mediato a un instrumento que actúa sin dolo y afectado en su elemento volitivo, a diferencia de lo que ocurre en la instigación, en la que el instigador logra la resolución del instigado de tomar el delito propuesto como propio y consecuentemente actuar con dolo. Con este antecedente, es evidente que la inclusión de este concepto bajo el criterio de autoría mediata en el COIP carece de fundamento teórico y viola de forma explícita los principios de seguridad jurídica, al no existir normas claras que propicien una correcta aplicación de las mismas y el principio de proporcionalidad de la norma, al propiciarse la absolución del instigado,

cuando su imputación está fuera de discusión, en función de su actuación directa en el cometimiento del delito.

Similar situación ocurre al analizar los otros conceptos considerados bajo la autoría mediata en la legislación ecuatoriana, entre los que encontramos la actuación de un individuo por medio de otro, mediante una orden que implique ofrecimientos, promesas o pagos para el instrumento, el cual podrá ser tanto imputable como inimputable. En este aspecto es indispensable reiterar, que la característica de la autoría mediata es justamente la falta de dolo en el instrumento, por lo que la inclusión de este literal bajo esta figura, la cual es en esencia una coautoría, en el que el ejecutor actúa con conciencia y voluntad pero bajo órdenes de un hombre de atrás, constituye nuevamente una contraposición entre las características de la autoría mediata y la figura de autoría en estricto sentido. Esta confusión de conceptos llevará, desde mi punto de vista, a que exista la posibilidad de una imputación como autor del instrumento que ha actuado coaccionado, bajo violencia o error, lo cual desnaturaliza la finalidad última de la creación de la autoría mediata y vicia el proceso de imputación al sancionar a un individuo que actúa viendo afectada su conducta por un factor externo. Nuevamente nos encontramos frente a una explícita transgresión al derecho a la seguridad jurídica y proporcionalidad de la norma antes mencionados. En este aspecto vale señalar que las legislaciones extranjeras que hemos analizado contienen una descripción normativa considerablemente más simple y delimitada de la conducta de autoría, lo cual favorece su aplicación y evita incurrir en confusiones o equivocaciones derivadas de una compleja redacción y estructuración de los preceptos normativos.

El precepto de complicidad contemplado en el COIP es desde mi punto de vista bastante completo y cercano a lo establecido por la doctrina. Sin embargo, considero importante incluir en el articulado la posibilidad de incurrir en este tipo de conducta, no

solo mediante actos anteriores o simultáneos a la comisión del hecho delictivo, sino también posteriores al mismo, siempre y cuando esto responda a un acuerdo previo por parte del cómplice con el autor, lo cual está contemplado por ejemplo, en las legislaciones colombiana y argentina. Esta inclusión se justifica en que a pesar de la posterioridad de la conducta del cómplice, esta si tiene mantiene un nexo causal con el resultado, al haber sido planificada conjuntamente con el autor y procurando facilitar o colaborar a la producción del resultado lesivo. Es de mi criterio que la inclusión de esta especificación sobre la complicidad puede ser de enorme ayuda para la aplicación práctica del precepto, ya que de otro modo todo tipo de conducta posterior al delito deberá ser sancionada bajo el tipo penal de fraude procesal, lo cual además de estar errado desde el punto de vista teórico, limita la previsibilidad de la norma frente a la actuación del agente, así como también el principio de proporcionalidad entre el hecho penal cometido y la sanción, dejando de involucrar en el ilícito principal a un cómplice y sancionándolo únicamente bajo un encubrimiento.

Con relación al encubrimiento, hemos visto que la legislación comparada de forma unánime, considera a este delito como una conducta autónoma e independiente del delito principal que se pretende encubrir, con motivo de la posterioridad de la conducta y su falta de nexo causal con relación al resultado lesivo producto del ilícito principal. Si bien las distintas legislaciones que hemos analizado enfocan a este delito de distintas formas según el bien jurídico tutelado que vulnera, siendo en la legislación argentina el buen desenvolvimiento de la administración de justicia, en Colombia la eficaz y recta impartición de justicia y en España la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, la descripción del delito es en esencia la misma, para el cual lo relevante no es en realidad la comisión del hecho delictivo que se pretendía encubrir, sino la intención del encubridor de obstruir el movimiento del aparataje estatal direccionado al descubrimiento y punición de dicho delito. Dicho esto, debemos destacar la adecuada labor

por parte del legislador ecuatoriano en la redacción de un nuevo tipo normativo que contempla la figura de encubrimiento, llamado Fraude Procesal, que enfoca tal como lo hacen las legislaciones que hemos analizado, al delito bajo una perspectiva en la que este afecta a la tutela judicial efectiva, sin que tenga incidencia en el mismo ni en la determinación de la pena la accesoriadad con el delito principal, por la posterioridad de los actos ejecutados con la intención de favorecer a los autores en su impunidad o con la intención de engañar a la autoridad judicial. Mencioné anteriormente mi preocupación sobre las posibles complicaciones que pudiera suscitar al momento de aplicar este tipo penal de fraude procesal, ya que mediante su descripción normativa, se podría interpretar que debe existir una prejudicialidad sobre el delito principal, para poder proceder a la imputación del encubridor. Sobre esto la legislación española da una solución bastante práctica y a la vez necesaria, y que podría ser objeto de estudio en nuestra legislación, al establecer en el artículo subsiguiente al encubrimiento, que la aplicación del tipo penal de encubrimiento se hará aun cuando el autor del delito principal que se pretendía encubrir no sea responsable o esté exento de pena. Con esto se excluye una posible necesidad de prejudicialidad y se permite la imputación inmediata del encubridor al momento de verificarse su intención de engañar a la administración de justicia o impedir su correcto accionar, razón por la cual considero a este solución como correcta y viable jurídicamente. Si bien es cierto queda aún por dilucidar si esta nueva figura penal generará complicaciones al momento de imputar a los encubridores por su actuación posterior al delito principal y en lo relacionado con la prescripción de la acción penal, será únicamente con el paso del tiempo y la aplicación de esta normativa que podremos dilucidar si en realidad esto ocurre y en caso de que así sea, será necesario evaluar una potencial reforma a este artículo.

## **CAPITULO 5**

### **CONCLUSIONES**

Una vez realizado un estudio desde distintos enfoques, sobre la teoría de participación criminal, el cual ha comprendido en primer lugar, un análisis desde un punto de vista histórico y de evolución de la teoría en nuestra legislación, siguiendo a este un estudio estrictamente dogmático, en el que analizamos los postulados de la doctrina penal referentes a la autoría y cada una de las formas de concurrencia de personas en el delito, sus características y puntos de diferenciación, las distintas corrientes de pensamiento penal relacionadas, teorías de imputación de autoría en un delito y los principios rectores en la materia, para finalmente enfocarnos y comparar a la normativa del COIP con distintas legislaciones extranjeras, es preciso formular conclusiones frente a la problemática central planteada al comienzo del trabajo de investigación, cuya incógnita era si ¿genera la poca delimitación y carencia de soporte doctrinario de los conceptos de autoría, complicidad e instigación contemplados en el COIP, una aplicación subjetiva y en casos errónea de la normativa penal y la consecuente aplicación de penas para los partícipes?, contemplando que este tipo de falencias en la aplicación práctica de la norma afecta y distorsiona directamente el proceso de imputación, violándose así el derecho constitucional a la seguridad jurídica y a los principios de previsibilidad y proporcionalidad de la norma penal.

Es esencial comprender que, al ser el ejercicio del derecho una herramienta para garantizar un correcto funcionamiento del colectivo, basada entre otros principios en la seguridad jurídica, es decir la certeza, claridad y previsibilidad de la normativa, según la cual los individuos pueden conocer de forma clara aquellas conductas prohibidas, permitidas y ordenadas por la normativa, conjuntamente con las sanciones establecidas en

caso de contravenir cualquiera de las normas establecidas, tanto desde un punto de vista conceptual como en su aplicación misma, la presencia de normas viciadas por incongruencias conceptuales y faltas de especificación, que permitan una aplicación poco previsible y en exceso subjetiva, contraría su finalidad y atenta contra los principios universales del derecho, motivo por el cual es inaceptable. Será entonces una tarea y a la vez obligación de la administración central como ente regulador de la sociedad, tanto a nivel legislativo como judicial, evitar o por el contrario corregir y subsanar este tipo de problemas, generados a mi criterio por una deficiente labor legislativa.

En virtud de este razonamiento y en base al estudio realizado, mis conclusiones frente a la participación criminal en el Código Orgánico Integral Penal son las siguientes:

### **Conclusiones:**

- 1) He podido constatar, a través de un estudio histórico sobre las codificaciones penales precedentes al COIP en el Ecuador, en materia de participación criminal, un evidente retraso de la normativa penal nacional con referencia a las tendencias doctrinarias modernas, lo cual se ha visto reflejado en normas cuyo contenido ha quedado en algunos casos en desuso y que son incapaces de contemplar algunos fenómenos delictivos actuales, como por ejemplo la autoría mediata. De la misma forma he verificado como conceptos incompatibles con la participación criminal, como es el encubrimiento, se mantuvieron vigentes hasta la llegada del COIP a nuestra legislación, lo cual ha mantenido a nuestra legislación penal en una suerte de estancamiento frente a una realidad criminal cambiante y en constante desarrollo.

- 2) Mediante el análisis dogmático sobre la autoría y los distintos tipos de concurrencia de personas en el delito, sus características y elementos propios, he podido revelar la existencia de profundas divergencias y en algunos casos contradicciones conceptuales, entre lo que sostiene y establece la doctrina penal mayoritaria sobre la materia y los postulados planteados por la normativa del COIP, en especial en lo referente a las distintas modalidades de autoría, lo cual demuestra una limitada consideración e incidencia de la doctrina en la redacción de las normas referentes a la participación criminal.
- 3) Desde mi punto de vista, esta deficiente conceptualización y estructuración del entramado típico, reflejado en normas oscuras y en casos equívocas referentes a la teoría de la participación criminal, deriva indefectiblemente en una errónea aplicación de los preceptos jurídicos, afectándose de forma directa al proceso de imputación de los concurrentes en el hecho delictivo. Por tanto al existir un proceso viciado por normas que no son claras y que permitan una distinción precisa de cada involucrado en el delito, se vulnera el derecho constitucional y principio universal del derecho a la seguridad jurídica, el principio de previsibilidad de la norma, al tener el criterio subjetivo del juez un rol predominante en la aplicación normativa y el principio de proporcionalidad de la pena con relación al delito cometido, ya que mediante una aplicación errada de la normativa se atribuirán responsabilidades y sanciones que en nada concuerden con la prestación efectivamente prestada en el delito.
- 4) A través del análisis de jurisprudencia comparada, de países como Argentina Chile y España, así como también de la comparativa y estudio

realizados entre la normativa del COIP y las legislaciones penales de Argentina, España, Alemania y Colombia, he podido evidenciar como la redacción de una norma con un contenido jurídicamente correcto, armónico y concordante con la doctrina especializada en la materia, permite una aplicación y un proceso de imputación libre de confusiones conceptuales y valoraciones subjetivas y discrecionales por parte de los jueces. Esto evidentemente no será posible en cuanto la normativa no preste las condiciones necesarias para hacerlo.

La comparativa realizada entre los postulados del COIP y el derecho comparado, ha evidenciado falencias en la redacción de varias normas contenidas en nuestra legislación, así como un tratamiento significativamente distinto sobre esta figura jurídica en países referentes en materia penal, como son Alemania, España y Argentina.

La primera de estas falencias tiene que ver, como mencionamos anteriormente, con la incomunicabilidad total de circunstancias que mantiene el COIP, sin permitir una distinción entre circunstancias personales y materiales o inherentes a la ejecución del delito, lo cual se aleja completamente de la postura mayoritaria mantenida por la doctrina, que si bien no permite una comunicabilidad de circunstancias personales de los partícipes, sostiene que las circunstancias materiales deben comunicarse para atenuar o agravar la pena de los partícipes, siempre y cuando estas hubieran sido conocidas por el agente antes o durante la prestación de su aporte al ilícito. Considero indispensable por esta razón, en pro de una correcta determinación de la pena a aplicarse a cada concurrente en el delito y de conformidad con el principio de accesoriedad, pilar en el concurso de

personas en un delito, la inclusión de la comunicabilidad de circunstancias inherentes a la ejecución material del delito en nuestra legislación.

- 5) Creo personalmente, que la elaboración del tipo penal referente a la autoría, contemplado en el COIP, contiene incongruencias y confusiones conceptuales sumamente graves, en especial en lo referente a la autoría mediata y las distintas modalidades propuestas bajo esta figura, donde además de incluirse una modalidad con las características propias de la autoría mediata y una relativa a la comisión de un delito a través de un aparato organizado de poder, ambas figuras con cuya inclusión bajo este concepto concuerdo, se incluye bajo esta denominación conceptos incompatibles y contrarios a la autoría mediata. Estos conceptos son la instigación, así como también la consideración como autoría mediata en el caso en que el hombre de atrás se vale de un instrumento imputable, lo cual desnaturaliza y contraría de forma manifiesta a las características de la autoría mediata, la misma que requiere de una actuación por medio de un sujeto inimputable, el cual actúa sin dolo y cuya voluntad se ha visto influenciada por un factor externo, como puede ser la coacción, el error o la violencia. Esta confusión puede no solo derivar en una aplicación y atribución de responsabilidad errónea frente a los autores mediatos o el hombre de atrás del delito, sino que también permitir la impunidad de los autores ejecutores en el caso de la instigación o la imputación de los instrumentos que han actuado influenciados por un factor externo a su voluntad.
- 6) A mi criterio, el precepto normativo del COIP, relativo a la complicidad, es adecuado y responde a las características dadas por la doctrina para esta

figura, sin embargo estimo necesaria la contemplación e inclusión de la conducta realizada *ex post* al delito principal, siempre y cuando esta responda a un acuerdo o promesa previa por parte del partícipe con el autor del delito, lo cual constituya a esta conducta como parte del nexo causal para la producción del resultado lesivo.

7) Considero que la independización y autonomía normativa otorgada a la figura de encubrimiento es un acierto por parte del legislador ecuatoriano, considerando la incompatibilidad a nivel conceptual y teórico del concepto con la teoría de la participación criminal. Sin embargo debo manifestar mi preocupación en cuanto a la aplicabilidad de esta nueva figura delictiva, en razón de que por los elementos normativos del delito de Fraude Procesal, aparenta ser necesaria una prejudicialidad en el delito previo para posteriormente sancionar a quienes pretendieron encubrir a sus perpetradores o engañar a la autoridad de justicia con una conducta posterior, por lo que en caso de una dilación en el proceso penal del delito principal, se abre una posibilidad de que al momento de intentar un proceso y sancionar a los encubridores, la acción penal se encuentre ya prescrita.

8) Es de mi parecer, que la adopción del legislador ecuatoriano de la teoría del dominio del hecho como teoría única de imputación de autoría en materia de participación criminal es esencial y apropiada, al ser esta teoría la que mejores soluciones brinda para las distintas problemáticas relacionadas a la concurrencia de personas en el delito y al contemplar no solo la importancia del elemento objetivo en el delito, sino también el elemento subjetivo en el agente, lo cual permite la aplicación sin obstáculos del concepto de autoría mediata, así como también trazar, a través de la teoría

de la escasez de bienes, la línea de separación entre los conceptos de coautoría y complicidad, que tantos inconvenientes ha generado en la casuística. La teoría del dominio del hecho admite también la incorporación de formas de participación criminal modernas, como es la autoría con dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder, figura que a mi criterio es en extremo necesaria y responde a necesidades político-criminales vigentes en el Ecuador. Por las consideraciones antes expuestas, debo expresar mi conformidad y adhesión a la teoría del dominio del hecho, al igual que lo ha hecho el legislador ecuatoriano.

#### **Recomendaciones:**

A) En función del análisis realizado y las problemáticas planteadas en relación a la participación criminal en el delito, considero indispensable una reforma legislativa al precepto penal del Art. 41 de Participación, para lo cual propongo el siguiente articulado:

**Art. 41.- Participación.-** Las personas participan en la infracción como autores o cómplices.

Las circunstancias, calidades o relaciones de carácter personal, agravarán o atenuarán la responsabilidad solo del autor o cómplice en quienes concurren.

Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios para realizarlo, se comunicarán solamente a aquellos partícipes que hubieren tenido conocimiento de ellas al momento de la ejecución o de su cooperación en el delito.

B) De igual manera, en lo referente al tipo penal de autoría contemplado en el Art. 42 del COIP, estimo necesaria una reforma que subsane la confusión de conceptos bajo el título de autoría mediata y refleje de forma clara y concisa las distintas modalidades de este precepto.

En este sentido mi propuesta para la redacción del Art. 42 es la siguiente:

**Art. 42.- Autoría.-**

- 1) Es autor quien comete el hecho punible por sí mismo o utilizando a otro como un instrumento, sea este imputable o inimputable.
- 2) Son coautores quienes de forma conjunta y mancomunada cometen el hecho punible.
- 3) Serán sancionados con la misma pena que el autor, quienes hubiesen inducido directamente a otro u otros a cometer una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.

C) Finalmente, creo imprescindible completar a la norma referente a la complicidad, contemplándose en esta, a las actuaciones *ex post* que respondan a un acuerdo previo entre el partícipe y el autor del delito. Así, mi propuesta para la redacción del Art. 43 es la siguiente:

**Art. 43.- Cómplices.-** Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, y los que presten una ayuda

posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.

Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.

Creo personalmente y tomando como referencia el derecho comparado analizado anteriormente, que la esta estructura planteada para la participación criminal en el COIP, permite abarcar tanto a las figuras de autoría directa e inmediata, autoría mediata, coautoría, instigación, así como la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y complicidad, en preceptos claros y concisos, que armonizan con los principios y garantías constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso, con lo cual no quedarían, en principio, supuestos de concurrencia de personas en el delito sin una adecuada sanción e imputación debidamente establecida y delimitada por la normativa.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. 10ma. Ed. Quito: Ediciones Legales, 2009.
- Arburola, Allan. *Curso de Derecho Penal. Teoría de la Imputación Objetiva*. <http://www.mailxmail.com/curso-derecho-penal-teoria-imputacion-objetiva> (acceso: 28/06/2015)
- Argibay, José *et al.* *Derecho Penal. Parte General I*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1972.
- Bacigalupo, Enrique. “Autoría y Participación”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General*. Bogotá- Caracas- Panamá- Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Brammsen, Joerg. “¿Instigación o Autoría? Organización de la Dominación en las Empresas. *Revista de Derecho Penal* (2008).
- Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Volumen III. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VII. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Volumen I. Bogotá: Editorial Temis, 1956.
- Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. 9vena. Ed. México DF: Editorial Nacional, 1951.
- Cury, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. 2da. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985.
- David, Rene. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Dieguez, Yurisander. *El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad*. [http://www.derechocambiosocial.com/revista023/Derecho\\_y\\_cambio\\_social.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista023/Derecho_y_cambio_social.pdf) (acceso: 20/01/2015)
- Domínguez Henain, Daniel. “Participación en el Hecho Culposo y Participación Culposa”. *Revista de Derecho Penal* (2008).
- Donna, Edgardo Alberto. *La Autoría y la Participación Criminal*. 2da. Ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*. Tomo II. 3era. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Volumen II. 2da. Ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- Fierro, Guillermo. *Teoría de la Participación Criminal. Alcances. Modalidades, autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

- Franco Loor, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- García Vítor, Enrique. “La Tesis del Dominio del Hecho a Través de los Aparatos Organizados de Poder”. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*. Balcarce et al. Córdoba- Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001.
- Gimbernat, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2006.
- Jakobs, Günther. “La Autoría”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General*. Bogotá- Caracas- Panamá- Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Jakobs, Günther. *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Teoría y Praxis de la Injerencia. El Ocaso del Dominio del Hecho*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Teoría del Delito*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2003.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 4ta. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de Derecho Penal. Volumen 7*. México DF: Oxford University Press México, 1999.
- Labatut, Gustavo. *Derecho Penal*. Tomo I. 9vena. Ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Mir Puig, Santiago. “La Autoría”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General*. Bogotá-Caracas- Panamá- Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. 2da. Ed. Bogotá: Editorial Temis, 2005.
- Nino, Luis. *Sistemas penales comparados*.  
<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/349/340> (acceso: 08/03/2015)
- Pavón, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 3era. Ed. México: Editorial Porrúa, 1974.
- Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*. Volumen I. Bogotá: Editorial Temis, 1956.
- Plasencia, Raúl. *Teoría del delito*. mx. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/44/6.pdf> (acceso: 15/04/2015)
- Régimen Penal Ecuatoriano. Manual Parte General*. Tomo III. Quito: Ediciones Legales, 2014.
- Rojas, Milushka. *Importancia del Derecho Comparado en el Siglo XXI*.  
[http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo\\_de\\_Investigacion\\_Juridica.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo_de_Investigacion_Juridica.pdf) (acceso: 11/05/2015).

Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 3era. Ed. México: Editorial Porrúa, 1975.

Wessels, Johannes. “Autoría y Participación”. *La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General*. Bogotá- Caracas- Panamá- Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2da. Ed. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2006.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2006.

Zambrano Pasquel, Alfonzo. *Manual de Derecho Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

### **Plexo Normativo:**

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Código Penal (Argentina). 16 de enero de 1985.

Código Penal (España). 23 de noviembre de 1995.

Código Penal (Colombia). 24 de julio del 2000.

Código Penal (Alemania). 13 de noviembre de 1998.